



Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
ATHANASIOSA RANTOSA
przedstawiona w dniu 9 grudnia 2021 r.¹

Sprawa C-377/20

**Servizio Elettrico Nazionale SpA,
ENEL SpA,
Enel Energia SpA
przeciwko
Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato,
przy udziale
Eni Gas e Luce SpA,
Eni SpA,
Axpo Italia SpA,
Gala SpA,
E.Ja SpA,
Green Network SpA,
Associazione Italiana di Grossisti di Energia e Trader – AIGET,
Ass.ne Codici – Centro per i Diritti del Cittadino,
Associazione Energia Libera,
Metaenergia SpA**

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Consiglio di Stato (radę stanu, Włochy)]

Odesłanie prejudycjalne – Konkurencja – Pozycja dominująca – Nadużywanie –
Artykuł 102 TFUE – Otwarcie rynku sprzedaży energii elektrycznej na konkurencję –
Wykorzystanie szczególnie chronionych informacji handlowych w ramach dominującej grupy
przedsiębiorstw – Możliwość przypisania spółce dominującej zachowania spółki zależnej

I. Wprowadzenie

1. W rozpatrywanym wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym podniesiono dużą liczbę pytań dotyczących wykładni i zastosowania art. 102 TFUE w zakresie stanowiących nadużycie praktyk wykluczających przedsiębiorstwa dominującego.

¹ Język oryginału: francuski.

2. W niniejszym przypadku zachowanie rozpatrywane w postępowaniu głównym badane przez Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (zwane dalej „AGCM”)² ma związek z otwarciem rynku dostaw energii we Włoszech oraz przyjmuje postać domniemanej strategii wdrażanej przez trzy spółki należące do grupy ENEL SpA (operatora zasiedziałego) i mającej na celu w istocie utrudnienie wejścia konkurentom na zliberalizowany rynek. Dokładniej rzecz ujmując, strategia ta polega na wykorzystywaniu w sposób dyskryminujący danych dotyczących klientów rynku chronionego, którymi przed liberalizacją dysponowała spółka Servizio Elettrico Nazionale SpA (zwana dalej „spółką SEN”), jedna ze spółek grupy ENEL, jako podmiot zarządzający tym rynkiem. Realizowanym celem było wykorzystywanie tych danych do składania ofert handlowych klientom ze wspomnianego rynku, aby dokonać przeniesienia tych klientów w ramach grupy ENEL, to znaczy od spółki SEN do spółki zależnej grupy, która działała na wolnym rynku, czyli do spółki Enel Energia SpA (zwanej dalej „spółką EE”). Miało to umożliwić uniknięcie masowego odejścia tych klientów do dostawców trzecich w związku z perspektywą zniesienia owego rynku chronionego.

3. To w tych okolicznościach sąd odsyłający zwraca się do Trybunału o wyjaśnienie niektórych aspektów pojęcia „nadużywania” w rozumieniu art. 102 TFUE, a mianowicie:

- elementów konstytutywnych zachowania stanowiącego nadużycie pozwalających na wyznaczenie linii demarkacyjnej między praktykami wchodzącymi w zakres tak zwanej „normalnej” konkurencji a praktykami wchodzącymi w zakres „zakłóconej” konkurencji;
- na bardziej filozoficznej płaszczyźnie, interesów chronionych przez art. 102 TFUE w celu określenia dowodów, jakie należy wziąć pod uwagę przy ocenie istnienia zachowania stanowiącego nadużycie;
- dopuszczalności i znaczenia dowodów przedstawionych ex post przez przedsiębiorstwa dominujące, wykazujących brak rzeczywistych skutków zachowania rzekomo stanowiącego nadużycie, w celu podważenia zdolności tego zachowania do wywołania skutków ograniczających konkurencję; oraz
- znaczenia zamiaru ograniczenia konkurencji przy ocenie, czy dane zachowanie ma charakter nadużycia.

4. O ile istniejące orzecznictwo dostarcza punktów odniesienia dla udzielenia przydatnych odpowiedzi na te pytania, o tyle niniejsza sprawa ma cechy, które nadają jej szczególne znaczenie.

5. Po pierwsze, sporne zachowanie rozpatrywane w postępowaniu głównym zostało słusznie uznane przez sąd odsyłający za „nietypowe”, ponieważ nie ma związku z zachowaniami wymienionymi w art. 102 TFUE i nie stanowi rodzaju zachowania, które systematycznie było przedmiotem analizy w ramach krajowej praktyki decyzyjnej lub praktyki decyzyjnej Komisji Europejskiej. W tym względzie pragnę zauważyć, że sądy Unii miały okazję stosować art. 102 TFUE w ramach rynków zliberalizowanych w celu zapewnienia nowym przedsiębiorstwom sprawiedliwego dostępu na zliberalizowanym rynku. Sprawy te dotyczyły jednak głównie zachowań mających miejsce w sprawach dotyczących sektorów sieciowych

² Krajowy organ ochrony konkurencji i rynku, Włochy.

operatora zasiedziałego, które stanowiły praktyki wykluczające oparte na cenie³. Niniejsza sprawa daje zaś Trybunałowi okazję do pochylenia się nad dużo szerszą problematyką stosowania art. 102 TFUE do rynków zliberalizowanych, to znaczy w przypadku, gdy zachowanie stanowiące nadużycie oparte jest na przewadze konkurencyjnej, którą operator zasiedziały zgodnie z prawem „odziedziczył” z tytułu swojego dawnego monopolu prawnego – takiej jak wizerunek marki, reputacja czy klientela⁴.

6. Następnie niniejsza sprawa pozwoli Trybunałowi na doprecyzowanie swojego niedawnego orzecznictwa wynikającego z wyroków TeliaSonera⁵, Post Danmark I i II⁶, Intel⁷, Generics (UK)⁸ oraz Deutsche Telekom II, w których Trybunał okazał się otwarty na mniej formalne podejście do oceny, czy dane zachowanie ma charakter nadużycia, a to na podstawie badania skutków i przy uwzględnieniu zarówno cech prawnych spornego zachowania, jak i kontekstu gospodarczego, w który się ono wpisuje. Dokładniej rzecz ujmując, sprawa ta daje Trybunałowi możliwość uściślenia, czy niektóre zasady wynikające z tego niedawnego orzecznictwa dotyczącego cenowych praktyk wykluczających, a zwłaszcza kryterium „równie skutecznego konkurenta”, mogą znaleźć zastosowanie w ramach niecenowego zachowania wykluczającego, takiego jak to będące przedmiotem sporu w postępowaniu głównym.

7. Wreszcie niniejsza sprawa ma szczególne znaczenie, ponieważ wpisuje się w ramy pewnego rodzaju zachowania związanego ze stanowiącym nadużycie wykorzystaniem danych, które obecnie jest bardzo istotnym wskaźnikiem pozycji siły na niektórych rynkach, nawet poza kontekstem gospodarki cyfrowej. Udzielone wskazówki mogą zatem okazać się przydatne w przyszłości do oceny zachowań związanych z wykorzystaniem danych w świetle art. 102 TFUE.

II. Spór w postępowaniu głównym, pytania prejudycjalne i postępowanie przed Trybunałem

8. Niniejsza sprawa wpisuje się w ramy stopniowego procesu liberalizacji rynku dostaw detalicznych energii elektrycznej we Włoszech.

9. W pierwszej kolejności otwarcie tego rynku cechowało się rozróżnieniem z jednej strony tak zwanych klientów „uprawnionych” do wyboru dostawcy na wolnym rynku, który byłby inny niż ich dostawca właściwy terytorialnie, a z drugiej strony tak zwanych klientów „związanych”, obejmujących osoby fizyczne i małe przedsiębiorstwa, którzy – uznani za niemających możliwości negocjowania produktów energetycznych w sposób w pełni świadomy lub z pozycji siły – korzystali z systemu regulowanego, czyli „servizio di maggior tutela” (usług zwiększonej ochrony), stanowiącego rynek chroniony podlegający kontroli krajowego sektorowego organu regulacyjnego w zakresie określania warunków sprzedaży.

³ Zobacz wyroki Trybunału: z dnia 2 kwietnia 2009 r., France Télécom/Komisja (C-202/07 P, zwany dalej „wyrokiem France Télécom”, EU:C:2009:214); z dnia 14 października 2010 r., Deutsche Telekom/Komisja (C-280/08 P, zwany dalej „wyrokiem Deutsche Telekom I”, EU:C:2010:603); z dnia 27 marca 2012 r., Post Danmark (C-209/10, zwany dalej „wyrokiem Post Danmark I”, EU:C:2012:172); z dnia 25 marca 2021 r., Deutsche Telekom/Komisja (C-152/19 P, zwany dalej „wyrokiem Deutsche Telekom II”, EU:C:2021:238); a także wyroki Sądu: z dnia 29 marca 2012 r., Telefónica i Telefónica de España/Komisja (T-336/07, EU:T:2012:172); z dnia 17 grudnia 2015 r., Orange Polska/Komisja (T-486/11, EU:T:2015:1002). Sprawy te odnoszą się także często do naruszenia art. 106 ust. 1 TFUE w związku z art. 102 TFUE [zob. wyroki: z dnia 25 marca 2015 r., Slovenská pošta/Komisja (T-556/08, EU:T:2015:189); z dnia 15 grudnia 2016 r., DEI/Komisja (T-169/08 RENV, EU:T:2016:733)].

⁴ Jako przykład krajowej praktyki decyzyjnej zob. decyzja nr 13-D-20 z dnia 17 grudnia 2013 r. francuskiego organu ochrony konkurencji w sprawie praktyk stosowanych przez EDF w sektorze usług produkcji energii elektrycznej z ogniw fotowoltaicznych (pkt 286–293 i 294–296).

⁵ Wyrok z dnia 17 lutego 2011 r., TeliaSonera Sverige (C-52/09, zwany dalej „wyrokiem TeliaSonera”, EU:C:2011:83).

⁶ Wyrok z dnia 6 października 2015 r., Post Danmark (C-23/14, zwany dalej „wyrokiem Post Danmark II”, EU:C:2015:651).

⁷ Wyrok z dnia 6 września 2017 r., Intel/Komisja (C-413/14 P, zwany dalej „wyrokiem Intel”, EU:C:2017:632).

⁸ Wyrok z dnia 30 stycznia 2020 r., Generics (UK) i in. [C-307/18, zwany dalej „wyrokiem Generics (UK)”, EU:C:2020:52].

10. W drugiej kolejności klienci „związani” byli również stopniowo dopuszczani do udziału w wolnym rynku. Ustawodawca włoski przewidział ostateczne przejście z chronionego rynku na wolny rynek – na którym klienci ci mogliby swobodnie wybrać ofertę uznaną za najbardziej odpowiadającą ich potrzebom, bez żadnej ochrony – wyznaczając datę, od której szczególna ochrona w zakresie cen przestanie obowiązywać. Po kilku przesunięciach data przejścia została wyznaczona na dzień 1 stycznia 2021 r. dla małych i średnich przedsiębiorstw oraz na dzień 1 stycznia 2022 r. dla gospodarstw domowych.

11. To w tym kontekście spółka ENEL, będąca przedsiębiorstwem zintegrowanym pionowo, posiadająca monopol w zakresie wytwarzania energii elektrycznej we Włoszech i prowadząca działalność w zakresie dystrybucji energii, została poddana procedurze rozdzielania („unbundling”) w celu zapewnienia przejrzystego i niedyskryminacyjnego charakteru warunków dostępu do kluczowej infrastruktury produkcyjnej i dystrybucyjnej. W następstwie przeprowadzenia tej procedury poszczególne fazy procesu dystrybucji zostały przydzielone różnym przedsiębiorstwom, a mianowicie: E-Distribuzione, koncesjonariuszowi usług dystrybucyjnych, spółce EE, dostawcy energii elektrycznej na wolnym rynku, oraz spółce SEN, podmiotowi zarządzającemu między innymi „usługami zwiększonej ochrony”, w ramach których E-Distribuzione jest koncesjonariuszem usług dystrybucyjnych.

12. Źródłem niniejszego sporu jest skarga złożona do AGCM przez Associazione Italiana di Grossisti di Energia e Trader [włoskie stowarzyszenie sprzedawców hurtowych i przedsiębiorstw obrotu energią (zwane dalej „AIGET”)] oraz zawiadomienia od konsumentów indywidualnych mające na celu zgłoszenie niezgodnego z prawem wykorzystywania szczególnie chronionych informacji handlowych przez podmioty dysponujące tymi danymi ze względu na ich przynależność do grupy ENEL. Tym samym w dniu 4 maja 2017 r. AGCM wszczął dochodzenie przeciwko spółkom ENEL, SEN i EE w celu zbadania, czy sporne wspólne zachowanie tych spółek stanowiło naruszenie art. 102 TFUE.

13. Dochodzenie to zakończyło się wydaniem decyzji z dnia 20 grudnia 2018 r. (zwanej dalej „sporną decyzją”), w której AGCM stwierdził, że spółki SEN i EE, pod kierownictwem spółki dominującej ENEL, zostały uznane za winne – w odniesieniu do okresu od stycznia 2012 r. do maja 2017 r. – nadużycia pozycji dominującej z naruszeniem art. 102 TFUE na rynku sprzedaży energii elektrycznej użytkownikom domowym i profesjonalnym przyłączonym do sieci niskiego napięcia w strefie, w której grupa ENEL zarządzała działalnością dystrybucyjną (zwanym dalej „rozpatrywanym rynkiem”). W konsekwencji AGCM nałożył solidarnie na wskazane spółki grzywnę w wysokości 93 084 790,50 EUR.

14. Zarzucane zachowanie polegało na wdrożeniu strategii mającej na celu wykluczenie na rozpatrywanym rynku w celu „przeniesienia” klientów spółki SEN (podmiotu zarządzającego rynkiem chronionym) do spółki EE (spółki prowadzącej działalność na wolnym rynku). Celem grupy ENEL było w szczególności uniknięcie masowego odejścia użytkowników spółki SEN do dostawców trzecich w związku z perspektywą zniesienia (do czego jeszcze nie doszło) rynku chronionego, które zgodnie z zasadami omawianymi od 2015 r. w projektach ustawy mogłoby spowodować realokację tych użytkowników w drodze „aukcji”.

15. W związku z tym, według AGCM, spółka SEN uzyskała w pierwszej kolejności zgodę swoich klientów z rynku chronionego na otrzymywanie ofert handlowych dotyczących wolnego rynku „w sposób dyskryminujący”, prosząc o tę zgodę oddzielnie dla spółek należących do grupy ENEL z jednej strony, i dla podmiotów trzecich z drugiej strony. W ten sposób klienci, do których się zwrócono, byli skłonni po pierwsze udzielić swojej zgody spółkom należącym do grupy ENEL,

jako że zostali skutecznie przekonani, że udzielenie takiej zgody było konieczne i użyteczne dla zarządzania stosunkiem umownym z ich dostawcą, oraz po drugie odmówić udzielenia swojej zgody na rzecz innych operatorów. Spółka SEN ograniczyła w ten sposób liczbę danych osobowych dostępnych dla operatorów konkurujących ze spółką EE na wolnym rynku, ponieważ liczba zgód na otrzymywanie również ofert handlowych proponowanych przez operatorów konkurujących wynosiła jedynie 30% wszystkich uzyskanych zgód. Nazwiska klientów z rynku chronionego, którzy zgodzili się na otrzymywanie ofert handlowych, zostały wpisane na specjalne listy (zwane dalej „listami SEN”).

16. W drugiej kolejności strategię mającą na celu wykluczenie skonkretyzowano poprzez wykorzystanie przez spółkę EE listów SEN do składania ofert handlowych klientom chronionym (a mianowicie ofert „Sempre con Te”), aby przenieść tych klientów z rynku chronionego na wolny rynek. Spółka ENEL przekazała zatem listy SEN, za pośrednictwem spółki SEN, na rzecz swojej spółki zależnej EE na warunkach niedostępnych dla konkurentów. Zdaniem AGCM te listy SEN mają „wartość strategiczną, która jest nie do zastąpienia”, ze względu na informacje niemożliwe do uzyskania gdzie indziej, czyli przynależność użytkowników do „usług zwiększonej ochrony”, co pozwala spółce EE na przedstawianie ofert skierowanych wyłącznie do tej kategorii klientów. Ponadto wykorzystanie owych list SEN miało „jedynie potencjał ograniczający”, ponieważ pozwoliło to spółce EE na odebranie jej konkurentom znacznej części (ponad 40%) „spornego popytu” klientów przechodzących z rynku chronionego na wolny rynek.

17. Spółki z grupy ENEL wniosły odrębne skargi na sporną decyzję do Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (regionalnego sądu administracyjnego dla Lacjum, Włochy), będącego sądem pierwszej instancji.

18. Wyrokami z dnia 17 października 2019 r. sąd ów, stwierdzając istnienie nadużycia pozycji dominującej, częściowo uwzględnił skargi wniesione przez spółki EE i SEN w odniesieniu do czasu trwania zarzucanego nadużycia i kryteriów zastosowanych do obliczenia wysokości grzywny. W wyniku wykonania tych wyroków AGCM obniżył kwotę grzywny do kwoty 27 529 786,46 EUR. Wskazany sąd oddalił natomiast skargę wniesioną przez spółkę ENEL w całości, a także utrzymał w mocy nałożoną karę.

19. Te trzy spółki wniosły odrębnie odwołania od owych wyroków do Consiglio di Stato (rady stanu, Włochy), będącej sądem odsyłającym, wnosząc o stwierdzenie nieważności decyzji nakładających na nie grzywny lub, pomocniczo, o ponowne obniżenie grzywny.

20. Na poparcie swoich odwołań wnoszące odwołania podniosły w szczególności, po pierwsze, brak dowodu, że ich zachowanie miało charakter nadużycia, a zwłaszcza (potencjalną) zdolność do wywołania antykonkurencyjnych skutków w postaci wykluczenia.

21. Na wstępie samo wpisanie nazwisk klientów na listę telemarketingową na potrzeby promocji usług spółek zależnych nie jest zachowaniem stanowiącym nadużycie, ponieważ nie wiąże się ono z żadnym zobowiązaniem do dostaw oraz nie uniemożliwia klientom znajdowania się na innych listach, otrzymywania wiadomości handlowych i wyboru lub zmiany w dowolnym czasie, w tym wielokrotnie, dostawcy.

22. Następnie, zdaniem wnoszących odwołania, wykorzystanie list SEN nie pozwala na szybkie i masowe przejście klientów ze spółki SEN do spółki EE. W okresie od marca do maja 2017 r., jedynie dwoma miesiącami, które upłynęły pomiędzy uruchomieniem oferty „Sempre con Te” i zakończeniem sprzedaży telefonicznej („teleselling outbound”), spółka EE zyskała bowiem,

w wyniku wykorzystania list SEN, jedynie 478 klientów, czyli 0,002% użytkowników „usług zwiększonej ochrony” i 0,001% całkowitej liczby użytkowników energii elektrycznej. Ponadto AGCM nie zbadał przedstawionych przez wnoszące odwołania dowodów o charakterze gospodarczym wykazujących, że stwierdzone zachowanie nie mogło wywierać – i nie wywarło – skutków ograniczających konkurencję. W tym względzie osiągnięte przez spółkę EE pozytywne rezultaty w zakresie pozyskiwania klientów objętych „usługami zwiększonej ochrony” są związane z dwoma całkowicie zgodnymi z prawem czynnikami, które mogą dostarczyć alternatywnego i bardziej przekonującego wyjaśnienia niż to proponowane przez AGCM, czyli, po pierwsze, z faktem, że spółki z grupy ENEL, w tym ich właściwi terytorialnie dystrybutorzy, osiągają lepsze wyniki na wolnym rynku, oraz, po drugie, z siłą przyciągania marki ENEL.

23. Wreszcie listy SEN nie są ani strategiczne, ani niemożliwe do zastąpienia, biorąc pod uwagę dostępność na rynku analogicznych list klientów „usług zwiększonej ochrony”, które są bardziej kompleksowe i tańsze niż listy SEN.

24. W drugiej kolejności spółka ENEL zakwestionowała zastosowanie przez AGCM domniemania zwykłego, na którym opierała się jej odpowiedzialność jako spółki dominującej. W tym względzie spółka ta podnosi, że od 2014 r. przeprowadzono dogłębną restrukturyzację organiczną grupy ENEL, w wyniku której zdecentralizowano procesy decyzyjne. W tym zmienionym kontekście organizacyjnym spółka dominująca pełniła jedynie funkcję wspierania synergii i najlepszych praktyk pomiędzy poszczególnymi spółkami operacyjnymi, porzucając swoją rolę decyzyjną.

25. Według sądu odsyłającego, który połączył te trzy środki zaskarżenia, nie ma żadnych wątpliwości, że grupa ENEL zajmuje pozycję dominującą na rozpatrywanym rynku. Natomiast pojęcie „nadużywania”, w szczególności w odniesieniu do „nietypowych” nadużyć, takich jak te w postępowaniu głównym, które ma na celu uniemożliwienie zwiększenia lub dywersyfikacji oferty konkurentów, rodzi problemy interpretacyjne, ponieważ, po pierwsze, art. 102 TFUE nie zawiera wyczerpujących parametrów definicji oraz, po drugie, tradycyjne rozróżnienie między nadużywaniem pozycji dominującej a nadużyciem polegającym na wykluczeniu nie ma znaczenia.

26. Do celów stwierdzenia nadużycia pozycji dominującej sąd odsyłający zmierza bowiem do ustalenia między innymi, w jakim stopniu należy uwzględnić strategię grupy ENEL, która, jak wynika z dokumentów zebranych przez AGCM, miała na celu powstrzymanie odejścia klientów spółki SEN do konkurentów, czy też fakt, że zachowanie tej grupy samo w sobie jest zgodne z prawem, jako że listy SEN zostały uzyskane zgodnie z prawem. Sąd odsyłający ma również wątpliwości, czy wystarczające jest to, że sporne zachowanie może wykluczyć konkurentów z rynku właściwego, gdyż w trakcie dochodzenia wskazana grupa przedstawiła analizy gospodarcze mające na celu wykazanie, że jej zachowanie nie miało w rzeczywistości skutków w postaci wykluczenia. Wreszcie nadużycie pozycji dominującej przez grupę przedsiębiorstw rodzi pytanie, czy należy przedstawić dowód na wystąpienie czynnej koordynacji między poszczególnymi spółkami działającymi w ramach grupy czy też przynależność do tej grupy wystarcza do stwierdzenia udziału w praktyce stanowiącej nadużycie nawet przez przedsiębiorstwo z grupy, które nie dopuściło się zachowania stanowiącego nadużycie.

27. W tym kontekście, mając wątpliwości co do wykładni, jaką należy nadać art. 102 TFUE, Consiglio di Stato (rada stanu) postanowiła zawiesić postępowania i skierować do Trybunału pięć następujących pytań prejudycjalnych:

- „1) Czy zachowania konkretyzujące nadużywanie pozycji dominującej mogą być całkowicie zgodne z prawem i zostać zakwalifikowane jako »nadużycie« wyłącznie ze względu na (potencjalnie) ograniczający skutek generowany na rynku referencyjnym lub czy muszą one również charakteryzować się szczególnym elementem bezprawności, polegającym na stosowaniu »metod (lub środków) konkurencji innych« niż »normalne«? W tym drugim przypadku, na podstawie jakich kryteriów można ustalić granicę między konkurencją »normalną« i »zakłócającą«?
- 2) Czy funkcją przepisu prawa sankcjonującego nadużywanie jest maksymalizacja dobrobytu konsumentów, co do którego sąd zobowiązany jest ocenić wystąpienie (lub niebezpieczeństwo wystąpienia) jego zmniejszenia, czy też przepis prawa sankcjonujący wykroczenie przeciwko konkurencji ma sam w sobie za zadanie zachowanie konkurencyjnej struktury rynku, aby zapobiec tworzeniu się skupisk siły ekonomicznej uznawanych w każdym przypadku za szkodliwe dla wspólnoty?
- 3) Czy w przypadku nadużywania pozycji dominującej, polegającego na próbach zapobieżenia utrzymaniu się istniejącego poziomu konkurencji lub jej rozwojowi, przedsiębiorstwo dominujące jest w każdym razie uprawnione do udowadniania, że – pomimo abstrakcyjnej zdolności do wywołania skutku ograniczającego – zachowanie okazało się pozbawione konkretnej szkodliwości? W przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej, czy do celów dokonania oceny istnienia nietypowego nadużycia o charakterze wykluczającym, art. 102 TFUE należy interpretować w ten sposób, że na organie ochrony konkurencji ciąży obowiązek szczegółowego zbadania przedstawionych przez stronę analiz ekonomicznych dotyczących konkretnej zdolności zachowania będącego przedmiotem dochodzenia do wykluczenia konkurentów z rynku?
- 4) Czy nadużywanie pozycji dominującej powinno być oceniane jedynie pod kątem jego skutków na rynku (choćby tylko potencjalnych), niezależnie od subiektywnego motywu operatora, lub czy wykazanie zamiaru ograniczającego stanowi parametr użyteczny (także wyłącznie) dla dokonania oceny, czy zachowanie przedsiębiorstwa dominującego ma charakter nadużycia, lub czy to wykazanie elementu subiektywnego służy jedynie przerzuceniu ciężaru dowodu na przedsiębiorstwo dominujące (które w tym momencie byłoby obciążone obowiązkiem przedstawienia dowodu na brak wystąpienia skutku wykluczenia)?
- 5) Czy, w sytuacji pozycji dominującej odnoszącej się do wielu przedsiębiorstw należących do tej samej grupy kapitałowej, przynależność do wyżej wymienionej grupy jest wystarczająca dla przyjęcia, że nawet przedsiębiorstwa, które nie dopuszczały się nadużyć, przyczyniły się do popełnienia wykroczenia – tak że dla organu ochrony konkurencji wystarczające byłoby wykazanie świadomego paralelizmu, aczkolwiek nie zmowy, przedsiębiorstw działających w ramach zbiorowo dominującej grupy? Lub czy (podobnie jak ma to miejsce w przypadku zakazu porozumień) konieczne jest w każdym razie przedstawienie dowodu, nawet pośredniego, na wystąpienie konkretnej sytuacji w zakresie koordynacji i instrumentarium pomiędzy różnymi przedsiębiorstwami grupy zajmującej pozycję dominującą, w szczególności w celu wykazania zaangażowania spółki dominującej?”.

28. Spółki SEN, EE i ENEL z jednej strony oraz AGCM z drugiej strony, będące odpowiednio stroną wnoszącą odwołanie i stroną przeciwną w postępowaniu głównym, AIGET oraz Green Network SpA, będące interwenientami w postępowaniu głównym, rządy włoski i norweski, a także Komisja Europejska przedłożyły uwagi na piśmie przed Trybunałem. W swoich uwagach spółki SEN i EE oraz rząd norweski skupiły się na pytaniach od pierwszego do czwartego, a spółka ENEL przeanalizowała jedynie pytanie piąte.

29. Wszystkie te strony, poza spółką ENEL, wypowiedziały się na rozprawie, która odbyła się w dniu 9 września 2021 r. Rząd niemiecki i Urząd Nadzoru Europejskiego Stowarzyszenia Wolnego Handlu (EFTA), które nie przedłożyły uwag na piśmie, przedstawiły swoje argumenty również na owej rozprawie.

III. Analiza

A. W przedmiocie pierwszego pytania prejudycjalnego

30. Poprzez pierwsze pytanie prejudycjalne sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy praktykę uznaną za „całkowicie zgodną z prawem” poza prawem konkurencji i stosowaną przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą można uznać za „nadużycie” w rozumieniu art. 102 TFUE jedynie ze względu na jej (potencjalnie) ograniczający skutek, czy też zachowanie to powinno również charakteryzować się szczególnym elementem „bezprawności obiektywnej”, polegającym na stosowaniu środków odmiennych od środków stosowanych w warunkach „normalnej konkurencji”. W tym drugim przypadku sąd odsyłający zwraca się do Trybunału o wskazanie kryteriów faktycznie ustalających granicę między konkurencją „normalną” i „zakłóconą”⁹.

31. To pytanie prejudycjalne składa się w rzeczywistości z czterech części, które są ze sobą nierozzerwalnie związane, ale które, w celu zachowania jasności, rozpatrzą indywidualnie w kolejności, w jakiej zostały zadane:

- pierwsza część dotyczy ustalenia znaczenia zgodności z prawem zachowania w świetle gałęzi prawa innych niż prawo konkurencji w odniesieniu do jego kwalifikacji jako nadużycia w rozumieniu art. 102 TFUE;
- druga część dotyczy sprawdzenia, czy zachowanie można zakwalifikować jako nadużycie z tego tylko względu, że wywołuje potencjalnie ograniczające skutki;
- trzecia część dotyczy ustalenia, czy dla takiego zakwalifikowania zachowanie to powinno ponadto charakteryzować się dodatkowym elementem bezprawności, czyli zastosowaniem metod lub środków konkurencji innych niż wchodzące w zakres „normalnej” konkurencji; oraz
- czwarta część dotyczy odróżnienia praktyk, które stanowią nadużywanie w rozumieniu art. 102 TFUE, ponieważ polegają na stosowaniu środków konkurencji innych niż wchodzące w zakres „normalnej konkurencji”, od praktyk, które nie prowadzą do takiego nadużywania.

⁹ W kwestii wyjaśnienia terminologicznego dotyczącego pojęcia konkurencji „normalnej” zob. pkt 53 niniejszej opinii.

1. W przedmiocie części pierwszej

32. Poprzez część pierwszą sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy do celów art. 102 TFUE do nadużycia pozycji dominującej może dojść przy występowaniu działań zgodnych z prawem w świetle gałęzi prawa innych niż prawo konkurencji.

33. Pytanie to opiera się na ustaleniu sądu odsyłającego, zgodnie z którym sposoby uzyskiwania zgody w ramach list SEN są bezsprzecznie zgodne z prawem w świetle prawa cywilnego, ponieważ nie złożono żadnej skargi w przedmiocie podnoszonego naruszenia szczególnych przepisów regulujących przetwarzanie danych osobowych oraz ponieważ owe listy zostały uzyskane przez spółkę EE po cenie rynkowej.

34. Tytułem wstępu przypominam, iż z utrwalonego orzecznictwa wynika, że pojęcie „nadużywania” w rozumieniu art. 102 TFUE jest „pojęciem obiektywnym, odnoszącym się do zachowań przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą, które na rynku, na którym – właśnie ze względu na obecność tego przedsiębiorstwa – konkurencja jest już osłabiona, stwarzają przeszkodę w utrzymaniu istniejącego jeszcze na rynku poziomu konkurencji lub w jej rozwoju, wykorzystując w tym celu środki odmienne od środków stosowanych w warunkach normalnej konkurencji między towarami lub usługami, opartej na świadczeniach podmiotów gospodarczych”¹⁰.

35. Wynika z tego, że pojęcie „nadużywania” opiera się na obiektywnej ocenie zdolności danego zachowania do ograniczenia konkurencji, przy czym kwalifikacja prawna tego zachowania w innych gałęziach prawa nie ma decydującego charakteru.

36. Tym samym Trybunał orzekł, iż „bezprawność zachowania noszącego znamiona nadużycia w świetle [art. 102 TFUE] pozostaje bez związku ze zgodnością z innymi przepisami prawnymi lub z jej brakiem, [ponieważ] nadużycia pozycji dominującej polegają w większości przypadków na zachowaniach skądinąd zgodnych z prawem w świetle innych gałęzi prawa niż prawo konkurencji”¹¹.

37. Otóż gdyby za stanowiące nadużycie w rozumieniu tego postanowienia były uznawane jedynie praktyki, które są jednocześnie obiektywnie ograniczające konkurencję i niezgodne z prawem, oznaczałoby to, że dane zachowanie – wyłącznie z powodu jego zgodności z prawem – mimo, że jest potencjalnie szkodliwe dla konkurencji, nie może zostać ukarane na podstawie art. 102 TFUE. Taki rezultat powodowałby zaistnienie ryzyka, że nadużycie pozycji dominującej praktycznie nigdy nie będzie mogło zostać stwierdzone, co podważałoby cel tego postanowienia polegający na ustanowieniu systemu zapewniającego, aby konkurencja na rynku wewnętrznym nie była zakłócana. I odwrotnie, zachowanie niezgodne z przepisami prawa w danym sektorze nie musi stanowić nadużycia ze strony przedsiębiorstwa dominującego, jeżeli nie może ono wyrządzić szkody, choćby potencjalnej, w odniesieniu do zasad konkurencji¹².

¹⁰ Wyroki: Generics (UK) (pkt 148); Deutsche Telekom II (pkt 41). Zobacz również wyroki: z dnia 13 lutego 1979 r., Hoffmann-La Roche/Komisja (85/76, zwany dalej „wyrokiem Hoffmann-La Roche”, EU:C:1979:36, pkt 91); z dnia 3 lipca 1991 r., AKZO/Komisja (C-62/86, zwany dalej „wyrokiem AKZO”, EU:C:1991:286, pkt 69); z dnia 6 grudnia 2012 r., AstraZeneca/Komisja (C-457/10 P, zwany dalej „wyrokiem AstraZeneca”, EU:C:2012:770, pkt 74); a także Post Danmark II (pkt 26).

¹¹ Wyrok AstraZeneca (pkt 132). Zobacz również opinia rzecznika generalnego J. Mazáka w sprawie AstraZeneca/Komisja (C-457/10 P, EU:C:2012:293, pkt 78).

¹² Zobacz w tym względzie orzeczenie Bundeskartellamt (federalnego organu ochrony konkurencji, Niemcy) B6–22/15 z dnia 6 lutego 2019 r., w którym zachowanie niezgodne z przepisami prawa dotyczącymi ochrony danych osobowych zostało również uznane za stanowiące naruszenie prawa konkurencji [sprawa, w której Oberlandesgericht Düsseldorf (wyższy sąd krajowy w Düsseldorfie, Niemcy) wystąpił z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w dniu 22 kwietnia 2021 r., sprawa C-252/21, Facebook Inc. i in./Bundeskartellamt].

38. Wynika z tego, że w niniejszej sprawie zgodność z prawem uzyskania zgód w ramach list SEN w świetle prawa cywilnego nie może wykluczyć uznania zachowania za stanowiące nadużycie w rozumieniu art. 102 TFUE. Do sądu odsyłającego należy jednak zbadanie, czy w świetle w szczególności ram prawnych regulujących przetwarzanie danych osobowych sposoby uzyskiwania zgody mogły być „dyskryminujące”, jak podnosi AGCM¹³. W tym zakresie szczególne, obowiązujące ramy prawne (i zgodność z nimi) mogą stanowić okoliczność faktyczną mającą znaczenie przy dokonywaniu ogólnej oceny, czy dane zachowanie ma charakter nadużycia¹⁴.

2. W przedmiocie części drugiej

39. Poprzez część drugą sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy dane zachowanie można zakwalifikować jako stanowiące nadużycie wyłącznie ze względu na (potencjalnie) ograniczające skutki wywierane na rynku odniesienia.

40. W tym względzie przypominam, że opisane powyżej pojęcie „nadużywania” oznacza, że zachowanie, za które art. 102 TFUE przewiduje sankcje, jest zachowaniem, które stanowi przeszkodę w utrzymaniu poziomu konkurencji na rynku lub jej rozwinięciu¹⁵. Zgodnie bowiem z utrwalonym orzecznictwem, na mocy art. 102 TFUE na przedsiębiorstwie zajmującym pozycję dominującą ciąży szczególna odpowiedzialność za to, by swym zachowaniem nie naruszało ono skutecznej i niezakłóconej konkurencji na wspólnym rynku¹⁶.

41. Dokładniej rzecz ujmując, w ramach praktyk wykluczających, takich jak te rozpatrywane w sporze w postępowaniu głównym¹⁷, Trybunał wielokrotnie orzekał, po pierwsze, że ocena, czy zachowanie ma charakter nadużycia, zakłada, iż przedsiębiorstwo miało zdolność do ograniczenia konkurencji, a w szczególności wywołania skutków zarzucanego mu wykluczenia¹⁸, przy czym oceny tej należy dokonać w świetle wszystkich istotnych okoliczności faktycznych związanych z tym zachowaniem¹⁹. Po drugie, aby można było stwierdzić, że taka praktyka stanowi nadużycie, jej antykonkurencyjny skutek dla rynku nie może mieć czysto hipotetycznego charakteru²⁰, a zatem musi on występować, ale nie musi on być rzeczywisty, ponieważ wystarczy wykazanie potencjalnego skutku antykonkurencyjnego mogącego spowodować wykluczenie konkurentów co najmniej równie skutecznym jak przedsiębiorstwo posiadające pozycję dominującą²¹.

42. Wynika z tego, że zdolność do wywołania (potencjalnie) ograniczającego skutku na rynku właściwym, takiego jak antykonkurencyjny skutek w postaci wykluczenia, stanowi kluczowy element dla kwalifikacji zachowania jako nadużycia.

¹³ Zobacz pkt 15 niniejszej opinii.

¹⁴ Zobacz w tym względzie pkt 115 niniejszej opinii.

¹⁵ Zobacz pkt 34 niniejszej opinii.

¹⁶ Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 9 listopada 1983 r., *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Komisja* (322/81, zwany dalej „wyrokiem Michelin I”, EU:C:1983:313, pkt 57); *Post Danmark I* (pkt 23); *Intel* (pkt 135).

¹⁷ Tradycyjnie dokonuje się rozróżnienia między „praktykami wykluczającymi” (czyli niezgodnymi z prawem próbami wykluczenia z rynku przedsiębiorstw konkurujących) a „praktykami polegającymi na nadużywaniu pozycji dominującej” (czyli bezpośrednim wykorzystywaniu konsumentów w wyniku, na przykład, stosowania wygórowanych cen). W przedmiocie tego rozróżnienia zob. opinia rzecznika generalnego D. Ruiza-Jaraba Colomera w sprawach połączonych *Sot. Lélos kai Sia i in.* (od C-468/06 do C-478/06, EU:C:2008:180, pkt 74).

¹⁸ Zobacz wyroki: *TeliaSonera* (pkt 64); *Intel* (pkt 138); *Generics (UK)* (pkt 154).

¹⁹ Zobacz wyroki: *TeliaSonera* (pkt 68); *Generics (UK)* (pkt 154).

²⁰ Wyrok *Post Danmark II* (pkt 65).

²¹ Wyrok *TeliaSonera* (pkt 64, 66).

43. Niemniej w tym względzie warto zaznaczyć, że skutek w postaci wykluczenia nie musi koniecznie prowadzić do naruszenia konkurencji, a zatem nie zawsze jest „ograniczający na rynku odniesienia”, używając sformułowania zastosowanego w pytaniu. Otóż sam fakt, iż niektóre zachowania są w stanie wykluczyć konkurenta, nie powoduje, że rynek staje się mniej konkurencyjny i że a fortiori zachowania te stają się nadużyciem w rozumieniu art. 102 TFUE. Należy więc dokonać rozróżnienia między ryzykiem wykluczenia a ryzykiem antykonkurencyjnego wykluczenia, gdyż jedynie to ostatnie wykluczenie może być karane na podstawie art. 102 TFUE²².

44. Jak wyjaśnił bowiem Trybunał w wyroku Intel „art. 102 TFUE nie ma na celu uniemożliwienia przedsiębiorstwu zdobycia, dzięki jego własnym świadczeniom, dominującej pozycji na rynku. Przepis ten nie zmierza także do zapewnienia, aby konkurenci mniej skuteczni niż przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą pozostali na rynku. [...] *Nie każdy skutek w postaci wykluczenia musi koniecznie prowadzić do naruszenia konkurencji. Z definicji konkurencja oparta na jakości może doprowadzić do zniknięcia z rynku lub do odsunięcia na dalszy plan konkurentów mniej skutecznych, a zatem – mniej interesujących dla konsumentów w szczególności pod względem cen, możliwości wyboru, jakości i innowacyjności*”²³. Tym samym przedsiębiorstwo może wykazać, że jego praktyka, mimo że wywołuje skutek w postaci wykluczenia, jest obiektywnie uzasadniona (z punktu widzenia gospodarczego) na podstawie wszystkich okoliczności danego przypadku²⁴, lub że skutki wykluczenia równoważą, czy też przeważają korzyści pod względem efektywności, z których ma pożytek również konsument²⁵. Takie wyważenie skutków kwestionowanej praktyki – korzystnych i niekorzystnych dla konkurencji – może być dokonane dopiero po przeprowadzeniu związanego z analizowaną praktyką badania zdolności w zakresie wykluczenia konkurentów przynajmniej tak samo skutecznych jak przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą²⁶.

45. Założenie, na którym opiera się uzasadnienie Trybunału, polega zatem na tym, że gdyby każde zachowanie wywołujące (rzeczywisty lub potencjalny) skutek w postaci wykluczenia było automatycznie kwalifikowane jako antykonkurencyjne, a więc jako stanowiące nadużycie w rozumieniu art. 102 TFUE, postanowienie to stanowiłoby środek ochrony przedsiębiorstw mniej wydajnych i mniej skutecznych, a nie chroniłoby w żaden sposób przedsiębiorstw najbardziej zasłużonych, które mogą pełnić rolę bodźca dla konkurencyjności rynku.

46. W świetle powyższej analizy, aby zachowanie takie jak praktyka wykluczająca zostało uznane za stanowiące nadużycie w rozumieniu art. 102 TFUE, musi być ono antykonkurencyjne w ten sposób, że może (rzeczywiście lub potencjalnie) wywoływać skutek ograniczający na rynku odniesienia. Do celów oceny antykonkurencyjnego charakteru tego zachowania należy jednak ustalić, czy przedsiębiorstwo dominujące zastosowało środki inne niż wchodzące w zakres „normalnej” konkurencji. To właśnie ta ocena stanowi przedmiot części trzeciej i czwartej.

²² Zobacz podobnie pkt 19 komunikatu Komisji – wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 [WE] w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące (Dz.U. 2009, C 45, s. 7, zwanego dalej „wytycznymi”).

²³ Zobacz wyrok Intel (pkt 133, 134, wyróżnienie moje). Zobacz również wyrok Post Danmark I (pkt 21–23 i przytoczone tam orzecznictwo).

²⁴ Zobacz wyroki: TeliaSonera (pkt 75, 76); Intel (pkt 140).

²⁵ Zobacz wyroki: z dnia 15 marca 2007 r., British Airways/Komisji (C-95/04 P, zwany dalej „wyrokiem British Airways”, EU:C:2007:166, pkt 86); Post Danmark I (pkt 40, 41); Intel (pkt 140).

²⁶ Wyrok Intel (pkt 140).

3. W przedmiocie części trzeciej

47. W części trzeciej sąd odsyłający zadaje pytanie o charakterze metodologicznym, a mianowicie, czy konieczność wykazania, że przedsiębiorstwo dominujące zastosowało środki inne niż wchodzące w zakres „normalnej” konkurencji, odwołuje się do „dodatkowego elementu bezprawności” w stosunku do wykazania antykonkurencyjnego skutku w postaci wykluczenia, w związku z czym „zdolność do ograniczenia konkurencji” oraz „zastosowanie środków innych niż wchodzące w zakres normalnej konkurencji” stanowią odrębne wymogi, które muszą być spełnione, aby stwierdzić istnienie nadużycia.

48. W tym względzie stwierdzam, że stanowiska stron w postępowaniu głównym, rządów i Komisji różnią się²⁷. Moim zdaniem wykazanie, że przedsiębiorstwo dominujące zastosowało środki inne niż wchodzące w zakres „normalnej” konkurencji, nie stanowi wymogu, który należy oceniać oddzielnie od skutku ograniczającego wywieranego przez zachowanie.

49. Otóż, jak wynika z pkt 44 niniejszej opinii, analiza zachowania przedsiębiorstwa odgrywa kluczową rolę w uznaniu skutków za antykonkurencyjne. Tym samym te dwa elementy wpisują się w ramy jednej i tej samej analizy. Dokładniej rzecz ujmując, w celu ustalenia, czy skutek w postaci wykluczenia jest (rzeczywiście lub potencjalnie) ograniczający konkurencję, należy zbadać również, czy środki wchodzą w zakres „normalnej” konkurencji. Podobnie, w celu wskazania, czy środki wchodzą w zakres takiej konkurencji, należy ustalić, czy praktyki posiadają zdolność do wykluczenia, czyli wywoływania w ramach tego rynku (rzeczywistych lub potencjalnych) skutków w postaci wykluczenia. Uznanie danego zachowania za „antykonkurencyjne” nie może być badane oddzielnie od skutków tego zachowania. Te dwa wymogi są zatem nierozzerwalnie ze sobą związane i powinny zostać ocenione w świetle wszystkich istotnych okoliczności faktycznych związanych z tym zachowaniem²⁸.

50. Można z tego wnioskować, że zdolność danej praktyki do wywołania skutków antykonkurencyjnych i stosowanie środków niewchodzących w zakres normalnej konkurencji są wymogami, które stanowią przedmiot tego samego badania polegającego na ustaleniu, czy rzeczona praktyka stanowi nadużycie.

51. W niniejszym przypadku z ustaleń faktycznych znajdujących się w postanowieniu odsyłającym wynika, iż AGCM uważa, że sporne zachowanie grupy ENEL wywołało skutki ograniczające konkurencję, jako że strategia wdrożona przez wnoszące odwołania miała w istocie na celu uniemożliwienie lub utrudnienie wejścia konkurentów spółki EE na wolny rynek. W świetle powyższej analizy do sądu odsyłającego należy sprawdzenie, czy zachowanie, które rzekomo konkretyzuje tę strategię, mogło, przynajmniej potencjalnie, wywołać skutki w postaci wykluczenia konkurentów spółki EE, oraz ocena, czy te skutki w postaci wykluczenia mogły naruszyć zasady konkurencji, poprzez ustalenie, czy zachowanie to wchodzi w zakres „normalnej” konkurencji.

²⁷ W swoich uwagach spółki SEN i EE oraz Komisja proponują, aby na to pytanie odpowiedzieć w ten sposób, że skutek (potencjalnie) ograniczający konkurencję nie wystarcza sam w sobie do uznania danej praktyki za nadużycie w rozumieniu art. 102 TFUE oraz że wymagany jest dodatkowy element bezprawności polegający na zastosowaniu środków innych niż regulujące konkurencję opartą na jakości. Natomiast AGCM, AIGET, Green Network, a także rządy włoski i norweski zgadzają się co do tego, że pojęcie nadużywania pozycji dominującej nie wymaga dowodu na istnienie określonego elementu bezprawności, który dodaje się do rzeczywistego lub potencjalnego skutku ograniczającego wywieranego przez zachowanie tego przedsiębiorstwa.

²⁸ Zobacz podobnie wyroki: Post Danmark II (pkt 29); Generics (UK) (pkt 151, 154).

4. W przedmiocie części czwartej

52. W części czwartej sąd odsyłający zwraca się w istocie do Trybunału o wyznaczenie linii demarkacyjnej między praktykami wchodzącymi w zakres tak zwanej „normalnej” konkurencji a praktykami niewchodzącymi w ten zakres. Kwestia ta dotyczy zatem sedna zagadnienia, co stanowi nadużywanie w rozumieniu art. 102 TFUE, oraz ma na celu ustalenie, czy zachowanie rozpatrywane w postępowaniu głównym jest takim nadużyciem.

53. Tytułem wstępu należy wyjaśnić, że gdy sąd odsyłający odnosi się do „normalnej konkurencji”, używa pojęcia wielokrotnie stosowanego przez Trybunał²⁹. Tymczasem chciałbym zauważyć, iż przymiotnikowi „normalna” należy przypisać to samo znaczenie jak w przypadku innych sformułowań stosowanych w celu opisanie tej konkurencji, w szczególności „uczciwa konkurencja”³⁰, „konkurencja oparta na skuteczności”³¹ oraz „konkurencja oparta na jakości”³², które to sformułowanie proponuję odtąd stosować³³. Ta mnogość sformułowań ukazuje obiektywną trudność w określeniu, czym jest zachowanie stanowiące nadużycie. Sformułowanie norm pozwalających na wyodrębnienie w jasny sposób zachowań szkodliwych dla konkurencji, a zatem stanowiących nadużycie, nie jest ani oczywiste, ani intuicyjne. Złożoność ta jest nieuchronnie związana z obiektywną trudnością odróżnienia z góry zachowania opartego na zacieklej konkurencji, ale które jest zgodne z prawem, od zachowania antykonkurencyjnego³⁴.

54. Zdając sobie niewątpliwie sprawę z tej trudności, prawodawca Unii zawarł w art. 102 TFUE orientacyjną listę praktyk stanowiących nadużycie, która nie wyczerpuje zakazanych przez prawo Unii sposobów nadużywania pozycji dominującej³⁵, pozwalając tym samym na dostosowanie tego postanowienia do różnych praktyk handlowych w czasie. Dlatego też również praktyka określona przez sąd odsyłający jako „nietypowa”, taka jak rozpatrywana w postępowaniu głównym, która nie wiąże się z żadną z praktyk wymienionych w art. 102 TFUE, może być praktyką stanowiącą nadużycie. Ponieważ analiza jest oparta na wpływie na konkurencję, a nie na formie zachowania, organ ochrony konkurencji jest zobowiązany do dokładnego sprawdzenia wszystkich istotnych ustaleń faktycznych, bez stosowania jakiegokolwiek domniemania³⁶, i „typowy” lub „nietypowy” charakter nie jest zatem decydujący.

55. Ponieważ pojęcie „konkurencji opartej na jakości” nie wiąże się z określonym rodzajem praktyk, pozostaje pojęciem abstrakcyjnym i nie może zostać zdefiniowane w sposób pozwalający na ustalenie z góry, czy dane zachowanie wchodzi w zakres takiej konkurencji, czy nie. Trybunał

²⁹ Wyroki: Hoffmann-La Roche (pkt 91); Deutsche Telekom II (pkt 41).

³⁰ Zobacz wyroki: z dnia 14 lutego 1978 r., United Brands i United Brands Continentaal/Komisja (27/76, zwany dalej „wyrokiem United Brands”, EU:C:1978:22, pkt 189); z dnia 1 kwietnia 1993 r., BPB Industries i British Gypsum/Komisja (T-65/89, EU:T:1993:31, pkt 94).

³¹ Wyroki: z dnia 1 kwietnia 1993 r., BPB Industries i British Gypsum/Komisja (T-65/89, EU:T:1993:31, pkt 113); z dnia 7 października 1999 r., Irish Sugar/Komisja (T-228/97, EU:T:1999:246, pkt 111).

³² Pojęcie pierwotnie użyte przez Trybunał w wyroku AKZO (pkt 70). Zobacz ostatnio wyroki: Deutsche Telekom I (pkt 83, 176, 177); Intel (pkt 135, 136).

³³ „Normalna” konkurencja jest pojęciem, które może prowadzić do nieporozumień, ponieważ zwyczajowo zgodne z prawem, zwykłe i zgodne z dobrymi obyczajami rynku praktyki, które zatem można określić jako „normalne”, mogą jednak naruszać art. 102 TFUE, jeśli są stosowane przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą ze względu na „szczególną odpowiedzialność” tego ostatniego (zob. pkt 58, 59 niniejszej opinii).

³⁴ Na przykład stosowanie niskiej ceny, jeśli cena jest wystarczająco niska, może wyeliminować konkurenta, ale będzie zgodne z konkurencją, ponieważ przynosi korzyść konsumentom. Jednak cena może być tak niska (drapieżna), że w dłuższej perspektywie, po wykluczeniu konkurentów, staje się szkodliwa dla konsumentów.

³⁵ Wyroki: Continental Can (pkt 26); Deutsche Telekom I (pkt 173); TeliaSonera (pkt 26).

³⁶ Według mojej wiedzy, jedynym rodzajem zachowania, w odniesieniu do którego istnieje zwykle domniemanie ograniczenia konkurencji prowadzące do przeniesienia ciężaru dowodu, jest zachowanie polegające na udzielaniu rabatów lojalnościowych z tytułu wyłączności, to znaczy upustów przyznawanych pod warunkiem, że klient zaopatruje się celem pokrycia całości lub istotnej części swojego zapotrzebowania wyłącznie w przedsiębiorstwie zajmującym pozycję dominującą (zob. wyrok Intel, pkt 137).

wykluczył bowiem pojęcie „nadużycia samoistnego” (per se), czyli istnienia praktyk stanowiących z natury nadużycie, niezależnie od ich antykonkurencyjnego skutku³⁷. W związku z tym pojęcie „konkurencji opartej na jakości” wyraża ideał gospodarczy w kontekście obecnej tendencji w prawie konkurencji Unii do promowania analizy antykonkurencyjnych skutków zachowania („effects-based approach”) bardziej niż analizy opartej na jego formie („form-based approach”)³⁸.

56. Wynika z tego, że kwestia, czy praktyka wykluczająca wchodzi w zakres środków zgodnych z konkurencją opartą na jakości, jest ściśle związana z faktycznym, prawnym i gospodarczym kontekstem tej praktyki. Materialny zakres szczególnej odpowiedzialności, która spoczywa na przedsiębiorstwie dominującym, będzie należało bowiem oceniać w świetle szczególnych okoliczności każdego przypadku³⁹.

57. Pomimo abstrakcyjnego charakteru pojęcia „konkurencji opartej na jakości” z orzecznictwa Trybunału można wyłonić elementy wspólne. Bez uszczerbku dla oceny zachowania rozpatrywanego w postępowaniu głównym, której dokonanie spoczywa na sądzie odsyłającym, uważam, że poniżej wskazane elementy mogą okazać się użyteczne.

58. W pierwszej kolejności zwracam uwagę, że „konkurencję opartą na jakości” należy interpretować w ścisłym powiązaniu z zasadą, również skonsolidowaną w orzecznictwie Trybunału, zgodnie z którą na przedsiębiorstwie zajmującym pozycję dominującą ciąży „szczególna odpowiedzialność” za to, by swym zachowaniem nie naruszało skutecznej i niezakłóconej konkurencji na rynku wewnętrznym⁴⁰. Niemniej ta „szczególna odpowiedzialność” nie może pozbawiać przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą prawa do uwzględniania własnych interesów handlowych⁴¹. W tym zakresie odniesienie się do „środków innych niż wchodzące w zakres konkurencji opartej na jakości” służy doprecyzowaniu treści tej „szczególnej odpowiedzialności” spoczywającej na przedsiębiorstwie dominującym i określeniu dopuszczonego zakresu działań.

59. Logicznym skutkiem tej „szczególnej odpowiedzialności” jest to, że zachowanie dopuszczalne dla przedsiębiorstwa, które nie zajmuje pozycji dominującej, może zostać uznane za stanowiące nadużycie, gdy dopuści się go przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą, ze względu na skutek wywołany zachowaniem tego przedsiębiorstwa na rynku właściwym. Powszechnie stosowana praktyka lub działalność handlowa, które normalnie przyczyniają się do usprawnienia produkcji lub dystrybucji produktów i które mają korzystny wpływ na konkurencję, mogą bowiem ograniczyć tę konkurencję, gdy są realizowane przez przedsiębiorstwo dominujące⁴².

60. W tym względzie w niniejszym przypadku zaznaczam, iż „szczególna odpowiedzialność” ma zastosowanie do wszystkich przedsiębiorstw dominujących, w tym operatorów zasiedziających uprzednio posiadających monopol, takich jak spółka ENEL, lub mających zobowiązanie z zakresu usług publicznych, takich jak spółka SEN. Otóż, jak wskazał Trybunał, „stwierdzenie zajmowania pozycji dominującej nie stanowi samo w sobie zarzutu względem danego przedsiębiorstwa,

³⁷ Zobacz podobnie wyrok AstraZeneca (pkt 106).

³⁸ W kwestii ogólnego zarysu stosowania podejścia „effects-based approach” w prawie konkurencji zob. J. Bourgeois, D. Waelbroeck, *Ten years of effects-based approach in EU competition law: state of play and perspectives*, Bruylant, 2013; a także P. Ibáñez Colomo, *Anticompetitive Effects in EU Competition Law*, *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 17, nr 2, 2021, s. 309–363.

³⁹ Wyroki: z dnia 14 listopada 1996 r., Tetra Pak/Komisja (C-333/94 P, EU:C:1996:436, pkt 24); z dnia 16 marca 2000 r., Compagnie maritime belge transports i in./Komisja (C-395/96 P i C-396/96 P, EU:C:2000:132, pkt 114).

⁴⁰ Wyroki: Michelin I (pkt 57); Post Danmark I (pkt 21–23); Intel (pkt 135).

⁴¹ Wyrok United Brands (pkt 189).

⁴² Zobacz wyroki: z dnia 30 września 2003 r., Atlantic Container Line i in./Komisja (T-191/98 i od T-212/98 od T-214/98, EU:T:2003:245, pkt 1124, 1460); z dnia 23 października 2003 r., Van den Bergh Foods/Komisja (T-65/98, EU:T:2003:281, pkt 159).

a oznacza jedynie, że *niezależnie od przyczyn zajmowania takiej pozycji* na tym przedsiębiorstwie spoczywa szczególna odpowiedzialność, by swoim zachowaniem nie naruszać skutecznej i niezakłóconej konkurencji na wspólnym rynku⁴³. W związku z tym w ramach liberalizacji rynku grupa ENEL jest objęta art. 102 TFUE, a zwłaszcza wymogiem „szczególnej odpowiedzialności” podobnie jak inne przedsiębiorstwa.

61. W drugiej kolejności, jak wynika z pkt 55 niniejszej opinii, forma lub rodzaj zachowania ze strony przedsiębiorstwa dominującego nie są same w sobie decydujące. Istotna jest kwestia, czy zachowanie zmierza do ograniczenia konkurencji lub może mieć taki skutek⁴⁴. Zachowanie, które wyraźnie odbiega od normalnej praktyki rynku, może jednak zostać uznane za element faktyczny mający znaczenie dla oceny charakteru nadużycia (na przykład na tej samej podstawie co istnienie dowodu na wystąpienie zamiaru⁴⁵).

62. W trzeciej kolejności, nie dążąc do kompletności wyводу, zwracam uwagę, że zachowanie, które nie wchodzi w zakres pojęcia „konkurencji opartej na jakości”, charakteryzuje się zasadniczo tym, że nie opiera się na oczywistych względach gospodarczych⁴⁶ ani na względach obiektywnych⁴⁷. Za przykład konkurencji opartej na jakości są więc uważane postępowania obniżające koszty przedsiębiorstwa dominującego, podwyższające przy tym w inny sposób wydajność, które skutkują powiększeniem wyboru dla konsumentów poprzez wprowadzenie na rynek nowych produktów lub poprzez zwiększenie ilości lub podwyższenie jakości produktów już oferowanych. Natomiast jeżeli zachowanie nie ma żadnego uzasadnienia innego niż wyrządzenie szkody konkurentom, siłą rzeczy nie wchodzi ono w zakres konkurencji opartej na jakości⁴⁸.

63. W czwartej kolejności zauważam, że w ramach stosowania art. 102 TFUE do praktyk wykluczających, „konkurencja oparta na jakości” obejmuje zasadniczo sytuację konkurencyjną, w której konsumenci czerpią korzyść z niższych cen, wyższej jakości i szerszego asortymentu nowych lub udoskonalonych towarów i usług⁴⁹.

64. Tymczasem w niniejszym przypadku samym celem liberalizacji rynku energii jest otwarcie go na konkurencję, aby właśnie osiągnąć korzystne dla konsumentów skutki procesu konkurencyjnego, zarówno pod względem ceny, jakości, jak i wyboru oferowanych usług. W związku z tym, w kontekście takiego procesu, działania operatora zasiedziałego nie mogą uniemożliwiać lub utrudniać konkurentom wejścia na rynek, którzy to konkurenci muszą być w stanie działać na równych zasadach na wolnym rynku. Trybunał wskazał bowiem, że system niezakłóconej konkurencji może zostać zagwarantowany jedynie w sytuacji, w której zapewniono równość szans różnego rodzaju podmiotów gospodarczych⁵⁰.

⁴³ Wyrok Michelin I (pkt 57, wyróżnienie moje).

⁴⁴ Zobacz wyrok z dnia 19 kwietnia 2012 r., Tomra Systems i in./Komisja (C-549/10 P, zwany dalej „wyrokiem Tomra”, EU:C:2012:221, pkt 68).

⁴⁵ Zobacz pkt 128 niniejszej opinii.

⁴⁶ Wyroki: TeliaSonera (pkt 88); AKZO (pkt 71).

⁴⁷ Zobacz podobnie wyrok AstraZeneca (pkt 130).

⁴⁸ Wyrok z dnia 18 listopada 2020 r., Lietuvos geležinkeliai/Komisja (T-814/17, EU:T:2020:545, pkt 292–299).

⁴⁹ Zobacz podobnie wytyczne, pkt 5.

⁵⁰ Wyrok Deutsche Telekom I (pkt 230 i przytoczone tam orzecznictwo). Z tego powodu w procesie oddzielenia operatora zasiedziałego konieczne jest dokonanie szerszego rozgraniczenia pomiędzy działalnością monopolisty a działalnością wolnego rynku, i to rozgraniczenia pod względem prawnym, faktycznym, księgowym, finansowym i handlowym.

65. W tym kontekście pojawia się pytanie, czy grupa ENEL, która posiadała monopol w stosunku do klienteli rynku chronionego, może zgodnie z prawem chcieć utrzymać tę klientelę w grupie, pomimo procesu liberalizacji tego rynku. Wydaje mi się, że na pytanie to należy odpowiedzieć twierdząco.

66. Jak wskazano w pkt 44 niniejszej opinii, art. 102 TFUE w żaden sposób nie ma bowiem na celu uniemożliwienia przedsiębiorstwu zdobycia lub utrzymania, w oparciu o własne zasługi, pozycji dominującej na rynku. Wynika z tego, że nawet operatorzy zasiedzieli, ponieważ są poddani wolnej konkurencji, muszą dążyć do optymalizacji swoich zysków w szczególności poprzez utrzymanie klienteli. Pozyskiwanie klienteli jest w istocie istotnym elementem normalnej konkurencji. Tym samym grupa ENEL jest jak najbardziej upoważniona – a wręcz tego się od niej oczekuje – do stosowania praktyk mających na celu ulepszenie swoich produktów lub usług, aby w szczególności pozostać konkurencyjną i utrzymać swoją klientelę. W pełni zgodne z normalną konkurencją wydaje mi się zatem, że przedsiębiorstwo dominujące, takie jak spółka ENEL, chce utrzymać swoją klientelę nawet w kontekście liberalizacji. W związku z tym wdrożenie „strategii” w celu utrzymania klienteli nie może samo w sobie stanowić nadużycia w rozumieniu art. 102 TFUE.

67. W tym kontekście wydaje mi się, że zebranie danych w ramach relacji z klientami pozostaje co do zasady w pełni „normalnym” działaniem w zwykłym procesie konkurencyjnym. Niemniej w ramach takich działań spółka ENEL – właśnie ze względu na zajmowaną przez nią pozycję dominującą – ponosi „szczególną odpowiedzialność” w zakresie konieczności stosowania praktyk konkurencji opartej na jakości, które nie prowadzą do wprowadzenia barier na rynku. Spółka ENEL nie może zatem stosować praktyk, które dzięki korzyściom wynikającym z monopolu prawnego mogą wywoływać skutki w postaci wykluczenia wobec nowych konkurentów uważanych za będących równie skutecznymi jak ta spółka⁵¹.

68. To właśnie w tym zakresie należy, moim zdaniem, ocenić w piątej kolejności zdolność konkurentów do imitowania zachowań przedsiębiorstwa dominującego. Ocena ta ma znaczenie dla ustalenia, czy dana praktyka wchodzi w zakres konkurencji opartej na jakości, a zatem – dla określenia jej charakteru ograniczającego konkurencję.

69. Otóż moim zdaniem orzecznictwo Trybunału potwierdza, że praktyki wykluczające przedsiębiorstwa dominującego, które równie skuteczni konkurenci mogą powielić, nie stanowią co do zasady zachowania mogącego prowadzić do antykonkurencyjnego wykluczenia, i wchodzą zatem w zakres konkurencji opartej na jakości⁵².

70. Po pierwsze, w ramach cenowych praktyk wykluczających – takich jak rabaty lojalnościowe, praktyki zaniżania cen w postaci stosowania cen wybiórczo niskich lub drapieżnych, a także zaniżania marży⁵³ – taka powtarzalność jest oceniana, co do zasady, ale niekoniecznie, na podstawie tak zwanego kryterium „równie skutecznego konkurenta” (zwanego dalej „kryterium

⁵¹ Wyrok Intel (pkt 136).

⁵² Zasada ta nie jest jednak bezwzględna, ponieważ istnieją sytuacje, w których z jednej strony zachowanie, którego nie może powtórzyć równie skuteczny konkurent, nadal wchodzi w zakres pojęcia konkurencji opartej na jakości (zob. na przykład odmowa dostarczenia podstawowego elementu klientowi, który nie byłby w stanie odpowiednio zapłacić, lub działania badawczo-rozwojowe, które umożliwiają przedsiębiorstwu opatentowanie oraz wykorzystanie unikalnego i niemożliwego do powtórzenia wynalazku). Z drugiej strony, w szczególnych przypadkach zachowanie, które może zostać powtórzone przez równie skutecznego konkurenta, niekoniecznie wchodzi w zakres konkurencji opartej na jakości [zob. na przykład przedstawienie władzom publicznym oświadczeń wprowadzających w błąd (wyrok AstraZeneca, pkt 18)].

⁵³ Wyrok Post Danmark II (pkt 55 i przytoczone tam orzecznictwo).

RSK”) ⁵⁴. Szczegółowe zasady stosowania tego kryterium różnią się w zależności od rodzaju danej praktyki, ale punktem wspólnym jest badanie, czy dana praktyka cenowa jest ekonomicznie opłacalna dla konkurenta przedsiębiorstwa dominującego, poprzez wykorzystanie jako punkt odniesienia, co do zasady i w pierwszej kolejności, stosunku ceny do kosztów tego przedsiębiorstwa ⁵⁵. Innymi słowy, rzeczony kryterium polega na ustaleniu, czy równie skuteczny konkurent może powtórzyć to zachowanie, poprzez postawienie przedsiębiorstwa dominującego na miejscu równie skutecznego konkurenta w celu sprawdzenia, czy konkurent ten odczułby skutki w postaci wykluczenia wynikające z danej praktyki. Kryterium to jest zgodne z ogólną zasadą pewności prawa, ponieważ umożliwia przedsiębiorstwu dominującemu wcześniejsze dokonanie oceny zgodności z prawem danego zachowania na podstawie jego własnych kosztów ⁵⁶.

71. Po drugie, w odniesieniu do niecenowych praktyk wykluczających – takich jak na przykład odmowa dostawy – orzecznictwo zdaje się potwierdzać znaczenie kryterium możliwości powielenia, jako że dokonany przez przedsiębiorstwo dominujące wybór zastrzeżenia dla siebie własnej sieci dystrybucyjnej nie stanowi odmowy dostawy sprzecznej z art. 102 TFUE, gdy konkurent jest w stanie stworzyć drugą sieć dystrybucyjną o porównywalnych wymiarach. Innymi słowy, nie dochodzi do nadużycia, jeżeli czynniki produkcji, których przedsiębiorstwo dominujące odmówiło, mogą zostać powielone przez równie skutecznego konkurenta poprzez nabycie ich od innych dostawców lub poprzez samodzielne ich rozwinięcie ⁵⁷. Podobnie w ramach sprzedaży wiązanej i pakietowej („tying and mixed bundling”) element powielenia danego produktu ma szczególne znaczenie dla ustalenia przypadku potencjalnego lub rzeczywistego wykluczenia antykonkurencyjnego ⁵⁸.

72. W niniejszym przypadku zachowanie rozpatrywane w postępowaniu głównym, zdaniem AGCM dotyczy nie praktyki cenowej, lecz nielegalnej, złożonej strategii, która charakteryzuje się wykorzystywaniem danych, do których grupa ENEL uzyskała dostęp dzięki wcześniejszemu monopolowi prawnemu. Wydawałoby się zatem, że praktyka ta nie jest związana z teorią wykluczenia cenowego oraz że ze względu na monopol prawny konkurenci obiektywnie nie byli w stanie powtórzyć, przed liberalizacją rynku, strategii przypisywanej wnoszącym odwołanie. Wynika z tego, że kryterium RSK z pewnością nie jest najodpowiedniejszym kryterium dla oceny zdolności równie skutecznych konkurentów do imitowania zachowania przedsiębiorstwa dominującego.

73. Niemniej logika leżąca u podstaw kryterium RSK, którego celem jest w istocie ustalenie, czy przedsiębiorstwo dominujące było w stanie przewidzieć, na podstawie znanych mu danych, czy konkurent mógł, pomimo spornego zachowania, prowadzić działalność w sposób ekonomicznie opłacalny, pozostając konkurencyjny na rynku, pozostaje, moim zdaniem, nadal istotna. Kryterium wzorowane na logice tego kryterium polegałoby więc na sprawdzeniu, czy na podstawie informacji jakoby znanych przedsiębiorstwu dominującemu, konkurenci mogli mieć

⁵⁴ Zobacz podobnie wytyczne, pkt 23–27. Trybunał stwierdził, iż nie ma prawnego obowiązku systematycznego polegania na kryterium RSK do celów ustalenia, czy dana praktyka ma charakter nadużycia, jako że kryterium to należy uznać za jeden spośród wielu instrumentów. Kryterium to jest bowiem pozbawione znaczenia, gdy struktura rynku uniemożliwia w praktyce pojawienie się równie skutecznego konkurenta, jak w ramach rynku, który charakteryzuje się, po pierwsze, posiadaniem przez posiadacza monopolu prawnego w odniesieniu do bardzo dużej części rynku oraz, po drugie, dostępem obwarowanym znacznymi barierami [wyrok Post Danmark II (pkt 57–61)].

⁵⁵ Wyrok Post Danmark II (pkt 53). Niemniej koszty i ceny konkurentów na tym samym rynku mogą mieć istotne znaczenie, gdy nie jest możliwe, ze względu na okoliczności, odniesienie się do kosztów przedsiębiorstwa dominującego, w szczególności gdy z przyczyn obiektywnych struktura kosztów przedsiębiorstwa dominującego nie jest możliwa do określenia [wyrok TeliaSonera (pkt 45)].

⁵⁶ Wyrok TeliaSonera (pkt 42–44).

⁵⁷ Wyrok z dnia 26 listopada 1998 r., Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569, pkt 44, 45).

⁵⁸ Zobacz wytyczne, pkt 54, 61.

dostęp, w sposób ekonomicznie opłacalny, do list porównywalnych pod względem użyteczności z listami SEN. Takie podejście jest również zbieżne ze znaczeniem, jakie przypisuje się kryterium możliwości powielenia w ramach niecenowych praktyk wykluczających.

74. Uważam zatem, że obiektywna niemożność powielenia przez konkurentów dokładnie tej samej strategii co strategia ENEL nie stoi na przeszkodzie zbadaniu rzeczywistej zdolności równie skutecznych konkurentów do powielenia, na rozsądnych warunkach ekonomicznych i w akceptowalnych ramach czasowych, praktyk przedsiębiorstwa dominującego na przykład odwołując się do list, które były bezsprzecznie dostępne na rynku i które zawierały dane podobne do danych znajdujących się na listach SEN. Badanie to może, moim zdaniem, wykazać potencjalną zdolność zachowania grupy ENEL do wywołania antykonkurencyjnych skutków w postaci wykluczenia lub brak takiej zdolności, a zatem – zgodność tego zachowania z konkurencją opartą na jakości.

75. W ramach takiego badania, którego przeprowadzenie spoczywa na sądzie odsyłającym, szczególne znaczenie mają poniżej wskazane elementy.

76. Po pierwsze, konieczna będzie ocena, z pewnej perspektywy czasowej, znaczenia list SEN z punktu widzenia konkurencji. W tym względzie zwracam uwagę, że dostęp do danych klientów ma istotne znaczenie w kontekście procesu liberalizacji, zarówno pod względem abstrakcyjnym – pozwalając na lepsze poznanie rynku, jak i pod względem konkretnym – umożliwiając „przechwycenie” tych klientów dzięki przedstawieniu im ofert zanim zrobią to inni dostawcy. Znaczenie tych danych należy jednak również zniuansować, ponieważ należy pamiętać, że możliwość skontaktowania się z klientem w celu przedstawienia mu, w stosownym przypadku, oferty nie musi oznaczać „przechwycenia” tego klienta, jako że z jednej strony ów klient niekoniecznie skorzysta z takich ofert⁵⁹ a z drugiej strony nic nie stoi na przeszkodzie temu, aby klienci skorzystali z ofert innych dostawców w późniejszym czasie, w szczególności gdy pierwsza umowa nie wiąże tych klientów na czas określony. Przypominam jednak, że skutki antykonkurencyjne muszą mieć związek przyczynowy z rozpatrywaną praktyką, w tym sensie, że musi istnieć możliwość przypisania ich przedsiębiorstwu dominującemu i nie mogą mieć one charakteru czysto hipotetycznego⁶⁰.

77. Po drugie, sąd odsyłający bez wątpienia będzie musiał wyjaśnić, czy listy SEN rzeczywiście udostępniono konkurentom w sposób dyskryminujący zarówno pod względem praktycznym, jak i pod względem cenowym, co stanowiłoby w istocie praktykę faworyzowania spółki EE. W tym kontekście uważam za istotne zbadanie, czy spółka SEN wystąpiła o udzielenie zgody w sposób niedyskryminujący i przejrzysty w odniesieniu do konkretnych skutków, zwłaszcza z punktu widzenia utrzymania istniejących stosunków w zakresie dostaw i możliwości otrzymywania ofert dostaw od konkurentów spółki EE. Taka stwierdzona dyskryminacja mogłaby potwierdzić stanowisko AGCM, zgodnie z którym zachowanie spółki ENEL nie jest zgodne z konkurencją opartą na jakości, jako że nie zapewniono równości szans różnego rodzaju podmiotów gospodarczych⁶¹.

78. Po trzecie, uważam, że niezależnie od analizy dyskryminującego charakteru zachowania sąd odsyłający będzie musiał ocenić możliwość powielenia list SEN. O ile oczywiście konkurencji spółki EE nie mogą odtworzyć dokładnej zawartości tych list, ponieważ listy te zostały

⁵⁹ W niniejszym przypadku dzięki skorzystaniu z list SEN spółka EE pozyskała bowiem ledwo 0,002% użytkowników rynku chronionego (zob. pkt 22 niniejszej opinii).

⁶⁰ Wyrok Post Danmark II (pkt 47, 65); pkt 41 niniejszej opinii.

⁶¹ Zobacz pkt 64 niniejszej opinii.

sporządzone w ramach zadania z zakresu usług publicznych przez spółkę SEN, o tyle z akt sprawy wynika, że listy o podobnej zawartości były również dostępne na rynku włoskim, jako że duża liczba przedsiębiorstw zajmuje się zawodowo tworzeniem list telemarketingowych. Jednakże, jeśli istnienie takich alternatywnych list zostanie udowodnione, listy takie rzeczywiście pozwoliłyby konkurentom spółki EE na składanie klientom rynku chronionego ukierunkowanych ofert dostaw energii. W takim przypadku uważam, że sąd odsyłający będzie musiał porównać te alternatywne listy z listami SEN pod względem ich dostępności, ceny, zawartości oraz ich zasięgu geograficznego w celu ustalenia, czy korzystający z takich list konkurent, nawet o znacznie mniejszym rozmiarze gospodarczym niż grupa ENEL, byłby rzeczywiście w stanie w sposób ekonomicznie opłacalny skutecznie konkurować ze spółką EE w odniesieniu do tej samej części spornej klienteli na rynku chronionym.

79. Jeżeli sąd odsyłający uzna, że te alternatywne listy mogły dać takie same możliwości jak listy SEN, przy założeniu, że spółka ENEL musiała zarówno wiedzieć o istnieniu tych alternatywnych list, jak i znać ich zawartość, wydaje mi się, że można by stwierdzić, iż ewentualne ryzyko wykluczenia z rynku właściwego nie wynikałoby z działań spółki ENEL, lecz z zaniedbania jej konkurentów, którzy nie działali zgodnie z zasadami konkurencji w celu pozyskania klienteli rynku chronionego. Innymi słowy listy SEN nie mogłyby przyznawać wskazanej przez AGCM znaczącej przewagi konkurencyjnej grupie ENEL ze względu na możliwość ich powielenia. W takiej sytuacji zdolność spornego zachowania do ograniczenia konkurencji nie mogłaby zostać udowodniona, czyli rozpatrywane w postępowaniu głównym zachowanie wchodziłoby w zakres konkurencji opartej na jakości.

80. Z kolei, jeżeli z analizy sądu krajowego wynika, że potencjał wykorzystania handlowego tych alternatywnych list był mniejszy oraz że jedynie listy SEN pozwalały na przykład na natychmiastowe zidentyfikowanie przynależności danego klienta do rynku chronionego, (potencjalny) skutek w postaci wykluczenia obciążałby głównie spółkę ENEL, która, jeżeli sąd odsyłający uzna, że spółka ta działała w sposób dyskryminujący i nieprzejrzysty, rzeczywiście działała w sposób niewchodzący w zakres konkurencji opartej na jakości. Ponadto należy przypomnieć, iż fakt, że konkurenci mogą „ograniczyć lub obejść” skutki zachowania spółki ENEL, korzystając z list alternatywnych, nie wyklucza, iż w świetle pozycji rynkowej spółki ENEL sporne zachowanie mogło jednak wywołać skutki antykonkurencyjne. Innymi słowy, fakt, że istnieją alternatywy, jest na pewno istotny, ale nie jest sam sobie decydujący.

81. Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, proponuję, aby na pierwsze pytanie odpowiedzieć, że praktyki stosowanej przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą, niezależnie od jej zgodności z prawem w świetle gałęzi prawa innych niż prawo konkurencji, nie można uznać za nadużycie w rozumieniu art. 102 TFUE wyłącznie ze względu na jej zdolność do wywołania skutku w postaci wykluczenia na rynku właściwym, ponieważ zachowania tego nie należy utożsamiać ze skutkiem ograniczającym konkurencję, chyba że zostanie wykazane, że przedsiębiorstwo to stosowało środki inne niż wchodzące w zakres konkurencji opartej na jakości. Co do zasady praktyka wykluczająca, którą konkurenci mogą powielić w sposób ekonomicznie opłacalny, nie stanowi zachowania mogącego prowadzić do antykonkurencyjnego wykluczenia, a zatem wchodzi ona w zakres konkurencji opartej na jakości.

B. W przedmiocie drugiego pytania prejudycjalnego

82. Poprzez pytanie drugie sąd odsyłający zwraca się w istocie do Trybunału o wyjaśnienie, czy celem art. 102 TFUE jest ochrona konsumentów, czy też ochrona konkurencyjnej struktury rynku, oraz – w zależności od udzielonej odpowiedzi – o określenie przedmiotu dowodu wymaganego do celów uznania praktyki wykluczającej za stanowiącą nadużycie.

1. W przedmiocie dopuszczalności

83. AIGET kwestionuje dopuszczalność tego pytania z dwóch względów. Po pierwsze, odpowiedź wynika w sposób oczywisty z utrwalonego orzecznictwa Trybunału. Po drugie, pytanie to nie jest istotne dla rozstrzygnięcia sporu, jako że sporne zachowanie wpłynęło zarówno na strukturę rynku, a mianowicie na dostawców konkurujących, jak i na konsumentów, a mianowicie na klientów na rynku chronionym, którym utrudniono dokonanie wyboru spośród usług świadczonych na wolnym rynku.

84. Zastrzeżenia te – o ile Trybunał zdecydowałaby się w sposób jednoznaczny na ich zbadanie w braku formalnego żądania stwierdzenia niedopuszczalności drugiego pytania prejudycjalnego – należy, moim zdaniem, oddalić.

85. Po pierwsze należy bowiem przypomnieć, że nawet w wypadku istnienia orzecznictwa, w którym rozstrzygnięto rozpatrywaną kwestię prawną, sądy krajowe zachowują pełną swobodę zwrócenia się do Trybunału, jeśli uważają to za stosowne⁶². Okoliczność, że Trybunał dokonał już wcześniej wykładni art. 102 TFUE, nie może zatem sama w sobie prowadzić do niedopuszczalności pytań postawionych w ramach niniejszej sprawy. Ponadto sąd odsyłający zauważa, że odpowiedź nie jest oczywista, jako że rozbieżne interpretacje zostały przedstawione przez Komisję, według której art. 102 TFUE ma na celu zwiększenie dobrobytu konsumentów⁶³, i przez Trybunał, według którego postanowienie to zmierza do zachowania struktury konkurencji, niezależnie od szkody wyrządzonej konsumentom⁶⁴.

86. Po drugie, jeśli chodzi o znaczenie tego pytania, należy przypomnieć, że wyłącznie do sądu krajowego należy ocena zarówno konieczności uzyskania orzeczenia w trybie prejudycjalnym dla wydania wyroku, jak i znaczenia przedstawionych pytań⁶⁵. W niniejszej sprawie sąd odsyłający uzasadnia zaś konieczność zadania drugiego pytania, wyjaśniając w istocie, że odpowiedź na to pytanie określi przedmiot wymaganego dowodu⁶⁶. W związku z tym, moim zdaniem rzezone pytanie ma bezpośredni związek z przedmiotem sporu w postępowaniu głównym i nie jest hipotetyczne.

⁶² Wyrok z dnia 3 marca 2020 r., Vodafone Magyarorszá (C-75/18, EU:C:2020:139, pkt 34).

⁶³ Sąd odsyłający przytacza w tym względzie wytyczne, pkt 19.

⁶⁴ Sąd odsyłający przytacza w tym względzie wyroki: British Airways (pkt 66, 106); France Télécom (pkt 104–107); a także z dnia 6 października 2009 r., GlaxoSmithKline Services i in./Komisja i in. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P i C-519/06 P, zwany dalej „wyrokiem GSK”, EU:C:2009:610, pkt 63).

⁶⁵ Zobacz podobnie wyrok z dnia 23 stycznia 2018 r., F. Hoffmann-La Roche i in. (C-179/16, EU:C:2018:25, pkt 44, 45 i przytoczone tam orzecznictwo).

⁶⁶ Zobacz w szczególności pkt 102 niniejszej opinii.

2. Co do istoty

87. Drugie pytanie prejudycjalne składa się z dwóch części:

- pierwszej, która zmierza do ustalenia interesu chronionego przez art. 102 TFUE, przy czym przewiduje dwa możliwe rozwiązania przedstawione w postaci alternatywnych celów, a mianowicie „maksymalizacji ochrony konsumentów” lub „zachowania struktury konkurencyjnej rynku”; oraz
- drugiej, która ma na celu wyciągnięcie wniosków, w odniesieniu do kwestii dowodowych, z powiązania tych dwóch celów art. 102 TFUE.

a) W przedmiocie części pierwszej

88. Przed przystąpieniem do analizy części pierwszej co do istoty, należy przedstawić kilka uwag wstępnych.

89. Należy najpierw stwierdzić, iż w niniejszym przypadku pytanie pojawia się w kontekście *praktyk wykluczających*, których celem jest w szczególności wykluczenie konkurentów z rynku właściwego, a nie w kontekście *praktyk polegających na nadużywaniu pozycji dominującej*, takich jak w szczególności narzucanie cen zakupu lub sprzedaży, lub innych nieuczciwych warunków transakcji w rozumieniu art. 102 lit. a) TFUE⁶⁷. Otóż o ile te ostatnie praktyki bezpośrednio naruszają dobrobyt konsumentów (na przykład przez wygórowane ceny), o tyle co do zasady nie zmieniają one struktury rynku⁶⁸.

90. Następnie należy przypomnieć, że art. 102 TFUE wyraża sformułowany w art. 3 ust. 1 lit. b) TFUE ogólny cel działań Unii, a mianowicie wprowadzenie zasad konkurencji niezbędnych dla funkcjonowania rynku wewnętrznego⁶⁹. Cel ten został przywołany w protokole (nr 27) w sprawie rynku wewnętrznego i konkurencji, który to protokół został załączony do traktatu UE oraz traktatu FUE i który na mocy art. 51 TUE stanowi ich integralną część.

91. To właśnie w tym kontekście plasują się dwa cele wymienione przez sąd odsyłający, a mianowicie ochrona konsumentów oraz ochrona struktury konkurencyjnej rynku.

92. W odniesieniu do pierwszego celu Trybunał wskazał, że art. 102 TFUE należy do reguł konkurencji, których celem jest właśnie zapobieżenie zakłóceniom konkurencji ze szkodą dla interesu ogólnego, przedsiębiorstw indywidualnych i konsumentów, przez co przyczyniają się one do dobrobytu w Unii⁷⁰. Dobrobyt konsumentów jest zatem niezaprzeczalnie jednym z celów, do których dąży to postanowienie. Trybunał wyraźnie bowiem uznał cel traktatu polegający na ochronie konsumentów poprzez zapewnienie niezakłóconej konkurencji⁷¹. Interesy

⁶⁷ Zobacz wytyczne, pkt 7; a także przypis 17 niniejszej opinii.

⁶⁸ Zobacz podobnie wyrok z dnia 21 lutego 1973 r., *Europemballage i Continental Can/Komisja* (6/72, zwany dalej „wyrokiem Continental Can”, EU:C:1973:22, pkt 26). Niemniej może dochodzić do zachodzenia na siebie praktyk wykluczających i praktyk polegających na nadużywaniu, ponieważ każda strategia mająca na celu wykluczenie może z czasem prowadzić do nadużywania (zob. w tym względzie N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, wydanie trzecie, LGDJ, 2020, pkt 1000–1002).

⁶⁹ Zobacz podobnie wyroki: *Continental Can* (pkt 26); *Hoffmann-La Roche* (pkt 38); *France Télécom* (pkt 103); *Deutsche Telekom I* (pkt 170).

⁷⁰ Zobacz podobnie wyrok *TeliaSonera* (pkt 22 i przytoczone tam orzecznictwo).

⁷¹ Wyroki: z dnia 16 września 2008 r., *Sot. Lélou kai Sia i in.* (od C-468/06 do C-478/06, EU:C:2008:504, pkt 68); a także *Deutsche Telekom I* (pkt 180).

konsumentów są również konkretnie wyraźnie wymienione w art. 102 lit. b) TFUE w związku z praktykami, które uznaje się za nadużycia wykluczające, czyli „ograniczeniami produkcji, rynków lub rozwoju technicznego *ze szkodą dla konsumentów*” (wyróżnienie moje).

93. W odniesieniu do drugiego celu należy przypomnieć, że pierwsze wyroki Trybunału w przedmiocie nadużycia pozycji dominującej wyraźnie wskazywały, że skutki wywoływane pod kątem „struktury rynku” są sednem art. 102 TFUE. Na przykład w wyroku Hoffmann-La Roche Trybunał wskazał, że nadużywanie obejmuje „zachowania przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą, *które mogą mieć wpływ na strukturę rynku*, gdzie [...] konkurencja jest już osłabiona”⁷². Odniesienie do „struktury rynku”, bez wątplenia pod wpływem ówczesnego ordoliberalnego myślenia, było pomyślane jako zmierzające do zapewnienia „wolności gospodarczej”. W tym sensie ów cel ochrony struktury rynku mógłby obejmować również „ochronę konkurentów”, którzy działają na tym rynku. Z obecnie utrwalonego orzecznictwa wynika jednak, że art. 102 TFUE nie ma na celu, lub raczej już nie ma na celu, w sposób bezwzględny, ochrony konkurentów przed przedsiębiorstwem zajmującym pozycję dominującą. W następstwie rewizji polityki konkurencji w zakresie nadużyć przeprowadzonej przez Komisję w 2005 r.⁷³ Trybunał uznaje bowiem obecnie, że art. 102 TFUE nie zabrania przedsiębiorstwu zdobycia, dzięki jego własnym staraniom, dominującej pozycji na rynku oraz że w konsekwencji postanowienie to nie zmierza także do zapewnienia, aby konkurenci mniej skuteczni niż przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą pozostali na rynku⁷⁴. Podejście to zostało potwierdzone w wyroku Intel, w którym Trybunał wyjaśnił, że „*konkurencja oparta na jakości może doprowadzić do zniknięcia z rynku lub do odsunięcia na dalszy plan konkurentów mniej skutecznych*”⁷⁵. Stanowisko, zgodnie z którym priorytetowym celem art. 102 TFUE nie jest ochrona konkurentów (nie równie skutecznych), które zresztą również podziela Komisja⁷⁶, wydaje się obecnie stanowić część dorobku prawnego w zakresie prawa konkurencji Unii.

94. W świetle właśnie tych ustaleń należy ocenić powiązanie tych dwóch celów, a w szczególności, czy zachowanie struktury konkurencyjnej może stanowić cel autonomiczny i w związku z tym stanowiący alternatywę dla ochrony dobrobytu konsumentów, jak sugeruje to sąd odsyłający.

95. Na pytanie to, moim zdaniem, należy odpowiedzieć przecząco.

96. Po pierwsze, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału art. 102 TFUE, podobnie jak art. 101 TFUE⁷⁷, dotyczy nie tylko praktyk mogących wyrządzić bezpośrednią szkodę konsumentom, ale także praktyk, które wyrządzają im szkodę pośrednią poprzez naruszenie struktury skutecznej konkurencji⁷⁸. W rezultacie Trybunał, moim zdaniem, ustanowił nierozzerwalny związek między tymi dwoma celami. Otóż zachowanie struktury skutecznej konkurencji jest nierozzerwalnie związane z celem ostatecznym, czyli ochroną

⁷² Wyrok Hoffmann-La Roche (pkt 91; wyróżnienie moje), wielokrotnie powtarzany w orzecznictwie (zob. w szczególności przypis 10).

⁷³ Zobacz „dokument do dyskusji DG ds. konkurencji w sprawie zastosowania art. 82 WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wykluczającej” z grudnia 2005 r.

⁷⁴ Zobacz podobnie wyroki: Deutsche Telekom I (pkt 177), TeliaSonera (pkt 31–33, 39, 40, 43, 63, 64, 70, 73); a także Post Danmark I (pkt 21).

⁷⁵ Wyrok Intel (pkt 134, wyróżnienie moje).

⁷⁶ Zobacz wytyczne, pkt 6, 23.

⁷⁷ Zobacz podobnie wyroki: Continental Can (pkt 25); GSK (pkt 63).

⁷⁸ Zobacz podobnie wyroki: Continental Can (pkt 26); Hoffmann-La Roche (pkt 125); British Airways (pkt 106, 107); France Télécom (pkt 105); Deutsche Telekom I (pkt 176); TeliaSonera (pkt 24); a także Post Danmark I (pkt 20).

konsumentów⁷⁹. Podobnie nadrzędnym celem tych zasad, zmierzających do zapewnienia, żeby konkurencja nie była zakłócona na rynku wewnętrznym, jest zwiększenie dobrobytu konsumenta. Logicznie rzecz biorąc nie ma więc powodu chronić rynku konkurencyjnego in abstracto, jeżeli nie istnieje żadne ryzyko (rzeczywiste lub potencjalne) wyrządzenia szkody konsumentom.

97. Po drugie, przypominam, że zgodnie z aktualniejszym orzecznictwem Trybunału szkoda wyrządzona konsumentom stanowi element niezbędny dla zastosowania art. 102 TFUE. Otóż w wyroku *Post Danmark I* Trybunał (wielka izba) przypomniał, że postanowienie to dotyczy zachowań przedsiębiorstwa dominującego, które „stwarzają, poprzez stosowanie środków odmiennych od tych, które stosuje się w warunkach normalnej konkurencji [...], *na niekorzyść konsumentów* przeszkodę w utrzymaniu istniejącego na rynku poziomu konkurencji, lub w jej rozwoju [...]”⁸⁰. Podobnie w wyroku *Intel* Trybunał, ponownie orzekając w składzie wielkiej izby, zatwierdził to podejście, podkreślając niezbędny charakter ochrony konsumentów przy stosowaniu zasad dotyczących nadużycia pozycji dominującej. Trybunał przypomniał bowiem, że „konkurencja oparta na jakości może doprowadzić do zniknięcia z rynku lub do odsunięcia na dalszy plan konkurentów mniej skutecznych, a *zatem – mniej interesujących dla konsumentów w szczególności pod względem cen, możliwości wyboru, jakości i innowacyjności*”⁸¹. Wnioskuje z tego, że dobrobyt konsumentów stanowi nadrzędny cel uzasadniający ingerencję prawa konkurencji w zakresie praktyk wykluczających.

98. Po trzecie, kluczowa rola ochrony konsumentów wynika również z faktu, że ponieważ art. 102 TFUE nie przewiduje odstępstwa równoważnego do tego ustanowionego w art. 101 ust. 3 TFUE, Trybunał wskazał, że wzrost efektywności może również neutralizować szkodliwość zachowania stanowiącego nadużycie, jako że korzyści zostają przeniesione na konsumentów. Przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą może bowiem uzasadniać działania, które mogą być objęte zakazem ustanowionym w art. 102 TFUE, wykazując w szczególności, że „skutki w postaci wykluczenia, które działani[a] t[e] powoduj[ą], mogą zostać zrównoważone, czy też mogą nad nimi przeważać korzyści pod względem efektywności, z których *mają pożytek również konsumenci*”⁸².

99. Po czwarte, ta przewaga ochrony „dobrobytu konsumentów” wydaje się zgodna z praktyką decyzyjną Komisji, zgodnie z którą ochrona konsumentów stanowi motyw przewodni każdej interwencji art. 102 TFUE⁸³ i ogólnie prawa konkurencji⁸⁴.

100. Na podstawie tej analizy powiązania między tymi dwoma celami uważam, iż należy stwierdzić, że w kontekście nadużyć wykluczających art. 102 TFUE ma ostatecznie na celu zmaksymalizowanie dobrobytu konsumentów, w szczególności poprzez ochronę struktury

⁷⁹ Zobacz podobnie opinia rzecznik generalnej J. Kokott w sprawie *T-Mobile Netherlands i in.* (C-8/08, EU:C:2009:110, pkt 71); a także wyrok z dnia 7 czerwca 2006 r., *Österreichische Postsparkasse und Bank für Arbeit und Wirtschaft/Komisja* (T-213/01 i T-214/01, EU:T:2006:151, pkt 115). Zobacz podobnie również wyrok z dnia 14 grudnia 2006 r., *Raiffeisen Zentralbank Österreich i in./Komisja* (od T-259/02 do T-264/02 i T-271/02, EU:T:2006:396, pkt 99), w którym wskazano, że w odniesieniu do art. 101 TFUE ten nadrzędny cel wynika w szczególności z brzmienia art. 101 ust. 3 TFUE.

⁸⁰ Wyrok *Post Danmark I* (pkt 24, wyróżnienie moje).

⁸¹ Wyrok *Intel* (pkt 134, wyróżnienie moje).

⁸² Wyroki *Post Danmark I* (pkt 40, 41, wyróżnienie moje); *Intel* (pkt 140).

⁸³ Zobacz wytyczne, pkt 5, 6.

⁸⁴ Zobacz komunikat Komisji dotyczący wytycznych w sprawie zastosowania art. [101 ust. 3 TFUE] (Dz.U. 2004, C 101, s. 97), pkt 13; a także komunikat Komisji dotyczący wytycznych w sprawie oceny niehoryzontalnych połączeń przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.U. 2008, C 265, s. 6), pkt 16. Zobacz również wystąpienie komisarz N. Kroes z dnia 15 września 2005 r., zatytułowane „European Competition Policy – Delivering Better Markets and Better Choices”, w ramach „European Consumer and Competition Day”.

konkurencyjnej rynku. W związku z tym ochrona ta może faktycznie stanowić cel realizowany przez 102 TFUE, nie o charakterze autonomicznym, lecz wyłącznie wtedy, gdy w konkretnym przypadku wpisuje się ona w nadrzędny cel (bezpośredniej lub pośredniej) ochrony konsumentów. Tym samym te dwa cele, które sąd odsyłający zdaje się uznawać za autonomiczne, takie w rzeczywistości nie są.

b) W przedmiocie części drugiej

101. Poprzez część drugą pytania drugiego sąd odsyłający zwraca się w istocie do Trybunału o wskazanie, w jaki sposób powiązanie między dwoma wyżej wymienionych celami przekłada się na kwestie dowodowe.

102. Zgodnie z rozumowaniem sądu odsyłającego, jeżeli chronionym przez art. 102 TFUE interesem jest interes polegający na zmaksymalizowaniu dobrobytu konsumentów, sąd (oraz a fortiori organy ochrony konkurencji) jest w pewnym sensie zobowiązany do zmierzenia zmniejszenia (lub ryzyka zmniejszenia) tego dobrobytu w wyniku spornego zachowania (poprzez porównanie na przykład dobrobytu konsumentów przed i po wprowadzeniu w życie tego zachowania). Natomiast jeżeli chronionym interesem jest interes polegający na zachowaniu struktury konkurencyjnej rynku, sąd powinien powstrzymać się od ustalania, czy zachowanie przedsiębiorstwa dominującego wyrządziło konsumentom szkodę, i powinien ograniczyć się po prostu do zbadania, czy zachowanie może wpłynąć na strukturę, różnorodność, jakość lub innowacyjność.

103. Nie mogę zgodzić się z tym rozumowaniem sądu odsyłającego, ponieważ, jak zostało to przedstawione powyżej, te dwa cele nie są autonomiczne.

104. W tym względzie z orzecznictwa Trybunału wynika, że skoro art. 102 TFUE nie dotyczy jedynie praktyk mogących wyrządzić konsumentom bezpośrednią szkodę, lecz również praktyk, które wyrządzają im szkodę poprzez naruszenie struktury skutecznej konkurencji, organ ochrony konkurencji – lub, w stosownym przypadku, sąd – nie musi badać, czy sporne zachowanie rzeczywiście wyrządziło „szkodę konsumentom” w rozumieniu art. 102 lit. b) TFUE, ale powinien zbadać, czy sporne zachowanie wywarło skutki ograniczające na konkurencję⁸⁵. Potencjalnie szkodliwy charakter zachowania jest bowiem zazwyczaj brany pod uwagę w celu stwierdzenia nadużycia pozycji dominującej, przy czym rzeczywisty skutek nie musi być wykazany, w szczególności na poziomie konsumentów⁸⁶.

105. Jeżeli do organu ochrony konkurencji, a w niniejszej sprawie do sądu krajowego należy dokonanie oceny szkodliwego skutku praktyki wykluczającej oraz w szczególności jeżeli praktyka ta może naruszyć strukturę rynku i w związku z tym również zaszkodzić konsumentom, uważam za użyteczne przedstawienie poniższych wyjaśnień.

⁸⁵ Wyrok *British Airways* (pkt 106, 107). Jednak w przypadku niektórych rodzajów nadużyć dowody bezpośredniej szkody wyrządzonej konsumentom stanowią część oceny nadużycia. I tak Trybunał orzekł, że „dla zakwalifikowania jako nadużycia odmowy przedsiębiorstwa uprawnionego z tytułu praw autorskich udostępnienia produktu lub usług niezbędnych do wykonywania określonej działalności wystarczy kumulatywne spełnienie trzech przesłanek, czyli aby odmowa ta stanowiła przeszkodę dla pojawienia się nowego produktu, *względem którego istnieje potencjalny popyt ze strony konsumentów*, aby była nieuzasadniona oraz aby była tego rodzaju, że może wykluczyć wszelką konkurencję na rynku wtórnym [zob. wyrok z dnia 6 kwietnia 1995 r., *RTE i ITP/Komisja*, zwany „wyrokiem *Magill*” (C-241/91 P i C-242/91 P, EU:C:1995:98), streszczony w pkt 32–38 wyroku z dnia 29 kwietnia 2004 r., *IMS Health* (C-418/01, EU:C:2004:257, wyróżnienie moje)].

⁸⁶ Zobacz wyrok z dnia 10 lipca 2014 r., *Telefónica i Telefónica de España/Komisja* (C-295/12 P, zwany dalej „wyrokiem *Telefónica*”, EU:C:2014:2062, pkt 124).

106. Po pierwsze, skoro przedmiotem nadrzędnej ochrony jest dobrobyt konsumentów, a nie ochrona pewnej struktury rynku jako takiej, dowód na występowanie skutku w postaci ograniczenia struktury rynku będzie wystarczający do celów stwierdzenia nadużycia jedynie w zakresie, w jakim ograniczenie to może mieć wpływ, czy to bezpośrednio, czy też pośrednio, na konsumentów. Naruszenie konkurencyjnej struktury rynku stanowi zaś dobry wskaźnik (proxy) skutków, jakie praktyka wykluczająca może wywrzeć na konsumentach⁸⁷, co nie zawsze ma miejsce. Zachowania przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą nie należy bowiem uznać za stanowiące nadużycie w rozumieniu art. 102 TFUE, jeżeli, niezależnie od szkody wyrządzonej w ramach struktury rynku, nie może ono również wyrządzić, rzeczywiście lub potencjalnie, szkody konsumentom, których to zachowanie dotyczy. W związku z tym uważam za niekompletne rozumienie istniejącego orzecznictwa Trybunału jako po prostu wskazującego, że w celu wykazania nadużycia wykluczającego wystarczy stwierdzić, że sporna praktyka może naruszyć strukturę rynku. Otóż szkodliwy wpływ na konkurencyjną strukturę rynku nie musi przekładać się ani nie przekłada się automatycznie na potencjalne zmniejszenie dobrobytu konsumentów. O ile takie domniemanie szkody istnieje w odniesieniu do kartelu, nie jest tak w przypadku nadużyć pozycji dominującej⁸⁸. Przykładowo, jak wskazano w pkt 44 niniejszej opinii, jeżeli struktura rynku zostaje zakłócona w wyniku wykluczenia konkurenta, nie musi to oznaczać, że zachowanie to jest antykonkurencyjne, tak że może szkodzić konkurentom.

107. Po drugie, należy stwierdzić, iż występuje obiektywna trudność co do kwantyfikacji zmian mających wpływ na dobrobyt konsumentów. W tym względzie należy najpierw przypomnieć, że definicja „konsumenta” w prawie konkurencji obejmuje zarówno konsumentów pośrednich, jak i konsumentów końcowych. Jednakże, gdy konsumenci pośredni są rzeczywistymi lub potencjalnymi konkurentami przedsiębiorstwa dominującego, ocena dotyczy zasadniczo skutków tego zachowania w stosunku do klientów na dalszym etapie⁸⁹. Następnie zwracam uwagę, że samo pojęcie „dobrobytu konsumentów” zawiera nieodłączny element subiektywności, jako że ów dobrobyt można oceniać nie tylko pod kątem ceny, ale, w zależności od odnośnych produktów lub usług, także pod kątem możliwości wyboru, jakości i innowacyjności⁹⁰. Wreszcie art. 102 TFUE dotyczy praktyk, których skutki dla rynku niekoniecznie się ujawniają. Analiza skutków antykonkurencyjnych, jak zostanie to wyjaśnione w ramach pytania trzeciego, może mieć bowiem również charakter prognostyczny. Dlatego też wymóg, jak sugeruje sąd odsyłający, konkretnego wykazania zmniejszenia się dobrobytu konsumentów w czasie byłby sprzeczny z logiką i skutecznością tego postanowienia. Poziom wymaganych dowodów dotyczących wpływu na konsumentów zmienia się bowiem w zależności od rodzaju nadużycia oraz chwili, w której doszło do danego zachowania⁹¹.

108. W świetle powyższych rozważań proponuję, aby na pytanie drugie Trybunał odpowiedział, iż art. 102 TFUE należy interpretować w ten sposób, że ma on na celu zakazanie nie tylko praktyk wykluczających, które mogą wyrządzić bezpośrednią szkodę konsumentom, co stanowi

⁸⁷ Zobacz opinia rzecznik generalnej J. Kokott w sprawie *British Airways/Komisja* (C-95/04 P, EU:C:2006:133, pkt 68).

⁸⁸ W tym względzie stwierdzam, że art. 17 ust. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/104/UE z dnia 26 listopada 2014 r. w sprawie niektórych przepisów regulujących dochodzenie roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia prawa konkurencji państw członkowskich i Unii Europejskiej, objęte przepisami prawa krajowego (Dz.U. 2014, L 349, s. 1) stanowi, iż jedynie w odniesieniu do naruszeń kartelowych domniemywa się, że wyrządzają one szkodę.

⁸⁹ Zobacz wytyczne, pkt 19; a także przypis 15.

⁹⁰ Zobacz w szczególności wyrok *Intel* (pkt 134 i przytoczone tam orzecznictwo); a także wytyczne, pkt 6.

⁹¹ Na przykład w ramach praktyki polegającej na stosowaniu drapieżnych cen ustanowienie cen niższych od ponoszonych kosztów wyraźnie sprzyjałoby konsumentom (oczywiście krótkoterminowo), chyba że – i do momentu, w którym – straty zostaną zrekompensowane przez wyższe ceny na późniejszym etapie. Niemniej praktyka polegająca na stosowaniu drapieżnych cen może zostać ukarana na podstawie art. 102 TFUE bez udowadniania odzyskania poniesionych strat, ponieważ może ona spowodować zniknięcie z rynku lub marginalizację rywala zmieniające strukturę konkurencji w sposób, który może prowadzić do wyrządzenia szkody konsumentom [zob. wyrok *France Télécom* (pkt 110–112)].

nadrzędny cel tego postanowienia, lecz także zachowań, które mogą im zaszkodzić pośrednio ze względu na ich wpływ na strukturę rynku. Na organach ochrony konkurencji spoczywa obowiązek wykazania, że taka praktyka wykluczająca narusza strukturę skutecznej konkurencji, sprawdzając przy tym, czy może ona także wyrządzić rzeczywistą lub potencjalną szkodę tym konsumentom.

C. W przedmiocie trzeciego pytania prejudycjalnego

109. Poprzez pytanie trzecie sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy do celów wykazania naruszenia art. 102 TFUE za odpowiedni należy uznać dowód przedstawiony przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą, który wskazuje, że pomimo jego abstrakcyjnej zdolności do wywarcia skutku ograniczającego rozpatrywane zachowanie w rzeczywistości nie wywarło tego skutku, a w przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej – czy organ ochrony konkurencji jest zobowiązany do zbadania dowodów przedstawionych przez to przedsiębiorstwo co do konkretnej zdolności tego zachowania do wywarcia odnośnych skutków.

110. W pierwszej kolejności przypominam, że do celów wykazania naruszenia art. 102 TFUE nie jest konieczne ustalenie, że sporne zachowanie rzeczywiście wywołało skutki antykonkurencyjne w konkretnym przypadku, ponieważ wystarczy wykazanie, że zachowanie to mogło te skutki wywołać⁹². Organ ochrony konkurencji jest zobowiązany wyłącznie do wykazania potencjalnie szkodliwego charakteru zarzucanego zachowania, niezależnie od urzeczywistnienia się skutków antykonkurencyjnych. Z wewnętrzną logiką tego postanowienia, które ma również charakter zapobiegawczy i prognostyczny, sprzeczna byłaby bowiem konieczność czekania na to, aż antykonkurencyjne skutki wystąpią na rynku, aby móc zgodnie z prawem stwierdzić wystąpienie nadużycia.

111. Niektóre przykłady z niedawnego orzecznictwa Trybunału mogą udzielić wskazówek w tym zakresie.

112. W wyroku *TeliaSonera* Trybunał wyraźnie wskazał, iż „okoliczność, że zakładany skutek, to znaczy wykluczenie tych konkurentów, ostatecznie nie zostaje osiągnięty, nie może wykluczyć zakwalifikowania tej praktyki na podstawie art. 102 TFUE jako nadużycia”⁹³. Podobnie w wyroku *Tomra* Trybunał orzekł, że „aby dowieść nadużycia pozycji dominującej, wystarczy wykazać, iż stanowiące nadużycie zachowanie przedsiębiorstwa dominującego *zmierza do ograniczenia konkurencji lub może mieć taki skutek*”⁹⁴. Zgodnie z tą logiką, w odniesieniu do zachowania dotyczącego systemu rabatowego w wyroku *Post Danmark II* Trybunał wskazał, że ocena zdolności systemu rabatowego do ograniczenia konkurencji zmierza do „ustalenia, czy *celem* tego zachowania przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą *jest rzeczywiste lub prawdopodobne wyeliminowanie konkurentów ze szkodą dla konkurencji, a z tego względu – dla interesów konsumentów*”⁹⁵. W tym względzie, „przy ustalaniu tego, czy doszło do nadużycia pozycji dominującej, nie ma sensu określanie prognozy odczuwalności (*de minimis*). Ta antykonkurencyjna praktyka *może, ze względu na sam swój charakter, znacznie ograniczyć konkurencję*”, a w konsekwencji „aby skutek w postaci wykluczenia wywierany przez system rabatowy [prowadzony przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą] [...] był objęty zakresem zastosowania [art. 102 TFUE], *konieczne jest, by skutek ten był prawdopodobny i nie ma*

⁹² Zobacz podobnie wyroki: *British Airways* (pkt 106, 107); a także *Telefónica* (pkt 124). Zobacz również pkt 41 i 104 niniejszej opinii.

⁹³ Wyrok *TeliaSonera* (pkt 65). Zobacz podobnie wyroki: *Deutsche Telekom I* (pkt 254); z dnia 30 stycznia 2020 r., *České dráhy/Komisja* (C-538/18 P i C-539/18 P, niepublikowany, EU:C:2020:53, pkt 70).

⁹⁴ Wyrok *Tomra* (pkt 68, wyróżnienie moje).

⁹⁵ Wyrok *Post Danmark II* (pkt 69, wyróżnienie moje).

przy tym potrzeby wykazywania, że skutek ten jest poważny lub znaczący”⁹⁶. Ponadto w wyroku Intel Trybunał odniósł się w szczególności do konieczności oceny „zdolności [rabatów] do ograniczenia konkurencji”, wymieniając szereg elementów mających znaczenie dla tej oceny⁹⁷. Wreszcie w niedawnym wyroku Generics (UK) Trybunał przypomniał, że „ocena, czy zachowanie ma charakter nadużycia, zakłada, iż przedsiębiorstwo miało zdolność do ograniczenia konkurencji, a w szczególności wywołania skutków zarzucanego mu wykluczenia”⁹⁸.

113. Chociaż orzecznictwo to używa czasem różnych sformułowań – pojęcia „zdolności” i „prawdopodobieństwa” mają w istocie to samo znaczenie⁹⁹ – pozwala ono na potwierdzenie, iż do celów uznania danego zachowania za stanowiące nadużycie organ ochrony konkurencji nie jest zobowiązany do wykazania, że skutki antykonkurencyjne rzeczywiście zostały wywołane.

114. W tym sensie dowody przedstawione ex post przez przedsiębiorstwo w celu wskazania braku skutków antykonkurencyjnych, takie jak analizy gospodarcze lub inne, nie mogą pełnić funkcji uniewinniającej ani przenosić ciężaru dowodu na organ ochrony konkurencji w ten sposób, że to na nim spoczywałby ciężar wykazania zmaterializowania się szkody wynikającej z zarzucanego zachowania¹⁰⁰, nawet jeśli upłynęło dużo czasu od momentu, w którym miało miejsce zachowanie stanowiące nadużycie¹⁰¹. Ponadto antykonkurencyjny charakter zachowania należy oceniać zasadniczo w momencie, w którym do tego zachowania doszło¹⁰², co jest również zgodne z ogólną zasadą pewności prawa, ponieważ przedsiębiorstwo dominujące powinno mieć możliwość dokonania oceny zgodności z prawem swojego zachowania na podstawie istniejących elementów¹⁰³.

115. W drugiej kolejności to samo orzecznictwo potwierdza niemniej obowiązek dokonania oceny wszystkich okoliczności mających znaczenie w sprawie w celu ustalenia, czy dane zachowanie rzeczywiście może wywołać podnoszone skutki antykonkurencyjne, niezależnie od tego, czy skutki te rzeczywiście wystąpiły później, czy też nie.

116. W tym względzie uważam przede wszystkim za bezsprzeczne to, że z proceduralnego punktu widzenia organ ochrony konkurencji powinien wziąć pod uwagę dowody na brak antykonkurencyjnych skutków przedstawione ex post, w szczególności gdy takie dowody odnoszą się do zachowania, które ustało na długo przed przyjęciem decyzji stwierdzającej nadużycie. W wyroku Intel Trybunał wyjaśnił bowiem, że w przypadku, gdy przedsiębiorstwo dominujące podnosi w toku postępowania administracyjnego dowody na poparcie tego, że jego zachowanie nie miało zdolności do ograniczenia konkurencji, Komisja jest zobowiązana do zbadania określonej liczby dowodów w celu oceny zdolności spornego zachowania do wykluczenia z rynku konkurentów przynajmniej o takiej samej skuteczności¹⁰⁴. Zdolność do wykluczenia jest zresztą również istotna dla oceny, czy dane zachowanie może być obiektywnie uzasadnione lub czy skutki ograniczające mogą zostać zrównoważone przez korzyści pod względem skuteczności¹⁰⁵. W tym kontekście dowód o charakterze gospodarczym wykazujący, po

⁹⁶ Wyrok Post Danmark II (pkt 73, 74, wyróżnienie moje).

⁹⁷ Wyrok Intel (pkt 138, 139, wyróżnienie moje).

⁹⁸ Wyrok Generics (UK) (pkt 154, wyróżnienie moje).

⁹⁹ Opinia rzecznika generalnego N. Wahla w sprawie Intel Corporation/Komisja (C-413/14 P, EU:C:2016:788, pkt 115).

¹⁰⁰ Zobacz również opinia rzecznika generalnego J. Mazáka w sprawie AstraZeneca/Komisja (C-457/10 P, EU:C:2012:293, pkt 64).

¹⁰¹ Zobacz podobnie wyrok z dnia 29 marca 2012 r., Telefónica i Telefónica de España/Komisja (T-336/07, EU:T:2012:172, pkt 272).

¹⁰² Zobacz podobnie wyrok AstraZeneca (pkt 110).

¹⁰³ Zobacz podobnie wyrok TeliaSonera (pkt 44).

¹⁰⁴ Wyrok Intel (pkt 138, 139).

¹⁰⁵ Wyrok Intel (pkt 140).

zakończeniu kwestionowanego zachowania, brak skutków w postaci wykluczenia należy uznać za dopuszczalny, jeżeli przedsiębiorstwo dominujące zmierza do udowodnienia braku zdolności do ograniczenia konkurencji. Ponadto antykonkurencyjne skutki danej praktyki nie mogą mieć charakteru czysto hipotetycznego¹⁰⁶, a dowody na podważenie zdolności do ograniczenia konkurencji mogą potwierdzać taki hipotetyczny charakter. W związku z tym, z proceduralnego punktu widzenia, ponieważ ciężar dowodu w zakresie antykonkurencyjnych skutków w postaci wykluczenia spoczywa na organach ochrony konkurencji, uważam, że w ramach swojej analizy istnienia nadużycia organy te mają obowiązek starannie rozważyć, nawet *ex post*, dowody przedstawione przez przedsiębiorstwo dominujące.

117. Następnie w odniesieniu do mocy dowodowej tego typu dowodów co do istnienia nadużycia warto zauważyć, że niezmaterializowanie się skutków ograniczających danego zachowania może mieć rzeczywiście kilka przyczyn. Nie można jednak z góry wykluczyć, iż brak wystąpienia takich skutków wynika z faktu, że sporne zachowanie, z samej swej natury, pozbawione było zdolności do ograniczenia konkurencji. W związku z tym organ ochrony konkurencji, w zależności od danego kontekstu, powinien uwzględnić tego typu dowody jako elementy potencjalnie potwierdzające brak takiej zdolności.

118. W tym względzie zauważam, że Trybunał nie określił w swoim orzecznictwie wymaganego stopnia prawdopodobieństwa wystąpienia skutku w postaci wykluczenia konkurencji lub, innymi słowy, zakresu zdolności do wykluczenia¹⁰⁷. Zależy on oczywiście od kontekstu prawnego, gospodarczego i faktycznego każdej sprawy, ale uważam, że zdolność ta powinna odnosić się do konkretnych elementów, takich jak czas trwania i wystarczający zasięg rynku właściwego.

119. W tym kontekście znaczenie, jakie należy przypisać dowodom na brak skutków ograniczających *ex post*, różni się w zależności od tego, czy abstrakcyjna zdolność do wywołania skutków ograniczających opiera się na ryzyku wykluczenia o rzeczywistych, czy o potencjalnych skutkach, jako że brak rzeczywistego wpływu na konkurencję jest mniej istotny w drugim przypadku. Natomiast brak rzeczywistego wpływu na rynek może być istotny, nawet jeżeli teoria wykluczenia opiera się na potencjalnym ryzyku lub się na nim nie opiera, gdy do zachowania doszło dawno i, tak jak w niniejszym przypadku, zakończyło się ono jeszcze przed wszczęciem dochodzenia przez organ ochrony konkurencji. Zgodnie bowiem z wytycznymi „jeżeli działanie jest kontynuowane przez wystarczająco długi okres, wyniki osiągnięte na rynku przez przedsiębiorstwo dominujące i jego konkurentów mogą być bezpośrednim dowodem antykonkurencyjnego zamknięcia dostępu do rynku [wykluczenia]”¹⁰⁸. Z kolei, moim zdaniem, brak wystąpienia rzeczywistych skutków może pozwolić na uznanie, że praktyka nie mogła, nawet teoretycznie, zaszkodzić konkurentom, dlatego teoria wystąpienia szkody okazuje się czysto hipotetyczna. Byłoby tak w szczególności w przypadku, gdy zostanie wykazane, że na brak takich rzeczywistych skutków nie mogą wpływać inne późniejsze czynniki, które nie są związane ze spornym zachowaniem.

¹⁰⁶ Wyrok Post Danmark II (pkt 65); a także pkt 41 niniejszej opinii.

¹⁰⁷ Kwestię tę zbadał rzecznik generalny N. Wahl w opinii w sprawie Intel Corporation/Komisja (C-413/14 P, EU:C:2016:788, pkt 117, 118). Według niego ocena antykonkurencyjnej zdolności ma na celu określenie, czy, *według wszelkiego prawdopodobieństwa*, zarzucane zachowanie wywołuje skutek w postaci wykluczenia konkurencji. Oznacza to, że prawdopodobieństwo to musi być *znacznie większe niż sama tylko możliwość* ograniczenia konkurencji przez określone zachowanie. Z kolei okoliczność, że wystąpienie skutku w postaci wykluczenia wydaje się bardziej prawdopodobne niż jego brak nie jest sama w sobie wystarczająca. Zobacz jednak w tym względzie opinia rzecznik generalnej J. Kokott w sprawie Post Danmark (C-23/14, EU:C:2015:343, pkt 82).

¹⁰⁸ Zobacz wytyczne, pkt 20. Zwracam jednak uwagę, że tekst ten ogranicza się do określenia podejścia Komisji co do wyboru spraw, które zamierza ona rozpatrywać w pierwszej kolejności, tak że praktyka administracyjna stosowana przez Komisję nie jest wiążąca dla organów ochrony konkurencji i sądów krajowych.

120. Wreszcie w trosce o kompletność wyводу przypominam, że brak wystąpienia skutków ma także znaczenie dla oceny wagi naruszenia, co mogłoby istotnie zmniejszyć kwotę sankcji, jakie należy nałożyć na przedsiębiorstwo, które dopuściło się nadużycia.

121. W świetle wszystkich powyższych rozważań proponuję, aby na pytanie trzecie odpowiedzieć, iż art. 102 TFUE należy interpretować w ten sposób, że w celu stwierdzenia istnienia nadużycia pozycji dominującej organ ochrony konkurencji jest zobowiązany do wykazania w świetle wszystkich istotnych okoliczności oraz przy uwzględnieniu w szczególności dowodów przedstawionych przez przedsiębiorstwo dominujące, że zachowanie tego przedsiębiorstwa miało zdolność do ograniczenia konkurencji, analizując, w stosownym przypadku i w tym względzie, również dowody, według których sporne zachowanie nie wywołało antykonkurencyjnych skutków na rynku właściwym.

D. W przedmiocie czwartego pytania prejudycjalnego

122. W czwartym pytaniu prejudycjalnym sąd odsyłający wyraża w istocie swoje wątpliwości co do znaczenia zamiaru ograniczenia konkurencji, jaki miało przedsiębiorstwo dominujące, dla dokonania oceny, czy dane zachowanie stanowi nadużycie.

1. W przedmiocie niedopuszczalności

123. Green Network wyraża wątpliwości co do dopuszczalności tego pytania prejudycjalnego. Nie wnosząc jednak o uznanie go za niedopuszczalne, stwierdza on, że ze względu na to, iż AGCM rzeczywiście przeanalizował umyślny charakter zachowania stanowiącego nadużycie, odpowiedź na to pytanie nie jest konieczna. Ponadto, odpowiedź niezaprzeczalnie wynika z orzecznictwa Trybunału.

124. Zastrzeżenia te należy, moim zdaniem, oddalić z tych samych względów, które zostały przedstawione w pkt 85 i 86 niniejszej opinii. Sąd odsyłający uzasadnia bowiem tę konieczność, wskazując w istocie, że orzecznictwo jest niejasne i dezorientujące¹⁰⁹. Ponadto z postanowienia odsyłającego wynika, że pytanie to ma bezpośredni związek z przedmiotem sporu w postępowaniu głównym i nie jest hipotetyczne, ponieważ w niniejszym przypadku AGCM zebrał w ramach dochodzenia dokumenty mające na celu wykazanie istnienia strategicznego zamysłu przeciwdziałania przez grupę Entel odejściu klientów poprzez zachęcenie ich do przejścia na rynek wolny ze spółką EE.

2. Co do istoty

125. Czwarte pytanie prejudycjalne składa się z dwóch części:

- pierwszej, która ma na celu określenie, czy art. 102 TFUE należy interpretować w ten sposób, że dane zachowanie należy uznać za stanowiące nadużycie wyłącznie ze względu na jego (potencjalne) skutki ograniczające, czy też zamiar ograniczenia konkurencji stanowi użyteczne (w tym wyłączne) kryterium do celów tej oceny; oraz

¹⁰⁹ Sąd odsyłający odnosi się w tym względzie do wyroków: z dnia 30 września 2003 r., Michelin/Komisja (T-203/01, EU:T:2003:250, pkt 241); z dnia 30 stycznia 2007 r., France Télécom/Komisja (T-340/03, EU:T:2007:22, pkt 195).

– drugiej, która ma na celu ustalenie, czy dowód na istnienie tego zamiaru należy uznać za wystarczający do przypisania spornemu zachowaniu kwestionowanych skutków antykonkurencyjnych, czy też dowód ten służy wyłącznie przerzuceniu ciężaru dowodu na przedsiębiorstwo dominujące, które w tym momencie byłoby obciążone obowiązkiem wykazania braku wystąpienia skutku w postaci wykluczenia.

a) W przedmiocie części pierwszej

126. Poprzez tę pierwszą część sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy dowód na istnienie ze strony przedsiębiorstwa dominującego zamiaru wykluczenia stanowi dowód konieczny lub wystarczający do celów analizy istnienia nadużycia.

127. W tym względzie przypominam, iż Trybunał wskazywał wielokrotnie, że nadużywanie pozycji dominującej zakazane przez art. 102 TFUE jest pojęciem obiektywnym¹¹⁰, pozbawionym jakiegokolwiek zawinienia¹¹¹, oraz że w celu zastosowania tego postanowienia nie jest w żaden sposób wymagane wykazanie antykonkurencyjnego zamiaru po stronie przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą¹¹². Wynika z tego, że poza wyjątkowymi przypadkami¹¹³ subiektywny motyw przedsiębiorstwa dominującego nie znajduje się wśród elementów konstytutywnych nadużycia, co oznacza, iż organ ochrony konkurencji nie jest zobowiązany do wykazania tego zamiaru w celu stwierdzenia istnienia takiego nadużycia.

128. Niemniej Trybunał stwierdził, że dowód takiego zamiaru, jeżeli sam w sobie nie jest wystarczający, stanowi okoliczność faktyczną, którą można wziąć po uwagę do celów wykazania nadużycia pozycji dominującej. Trybunał orzekł bowiem, że w ramach badania zachowania przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą i do celów zidentyfikowania ewentualnego nadużycia takiej pozycji Komisja jest zobowiązana rozważyć wszystkie istotne okoliczności faktyczne otaczające to zachowanie oraz że obowiązek ten zawiera także ocenę realizowanej strategii handlowej. W tym kontekście normalne wydaje się podniesienie czynników natury subiektywnej, czyli motywów leżących u podstaw spornej strategii handlowej. Zdaniem Trybunału istnienie ewentualnego zamiaru antykonkurencyjnego stanowi zatem tylko jedną z wielu okoliczności faktycznych, które mogą zostać uwzględnione przy ustalaniu, czy doszło do takiego nadużycia¹¹⁴.

129. Taki zamiar antykonkurencyjny, jeżeli jest oczywisty i wykazany, może rzeczywiście okazać się istotny do celów stwierdzenia nadużycia pozycji dominującej. Komisja wskazała bowiem, że „bezpośrednie dowody stosowania strategii wyłączającej [mającej na celu wykluczenie]” stanowią jeden z czynników uznanych generalnie za istotne nie tylko przy ocenie tego, czy podnoszone zachowanie stanowiące nadużycie może doprowadzić do antykonkurencyjnego wykluczenia, ale

¹¹⁰ Zobacz pkt 34 niniejszej opinii.

¹¹¹ Zobacz wyroki: *Continental Can* (pkt 29); z dnia 9 września 2009 r., *Clearstream/Komisja* (T-301/04, EU:T:2009:317, pkt 141).

¹¹² Wyrok *Tomra* (pkt 21).

¹¹³ Zamiar przedsiębiorstwa dominującego w postaci wykluczenia konkurenta może wyjątkowo stanowić konieczny dowód na istnienie naruszenia. Tak jest, po pierwsze, w niektórych sytuacjach dotyczących praktyk polegających na stosowaniu cen drapieżnych, gdy cena sprzedaży jest niższa od średniej kosztów całkowitych, które obejmują koszty stałe i koszty zmienne, ale wyższa od średniej kosztów zmiennych, co do których Trybunał przyznał, że ceny należy uznać za stanowiące nadużycie, „gdy ceny te zostały ustalone w ramach planu zmierzającego do wyeliminowania konkurenta” [zob. wyroki *AKZO* (pkt 72); *Tetra Pak/Komisja* (pkt 41); *France Télécom* (pkt 109)], oraz, po drugie, w ramach tak zwanych pozornych sporów – Komisja ustanowiła dwa kumulatywne kryteria, aby móc ustalić przypadki, w których pozew stanowi nadużycie, przy czym drugie z tych kryteriów zmierza do ustalenia, czy pozew jest „przewidziany jako część planu mającego na celu wyeliminowanie konkurencji” [zob. wyrok z dnia 17 lipca 1998 r., *ITT Promedia/Komisja* (T-111/96, EU:T:1998:183, pkt 55)]. Jednak nawet w tych wyjątkowych przypadkach element subiektywny nie wystarcza sam w sobie do ustalenia niezgodności zachowania z prawem.

¹¹⁴ Wyroki: *Tomra* (pkt 18–21); a także *Generics (UK)* (pkt 162, 164).

także „[przy] interpretacji działania przedsiębiorstwa dominującego”. Dowodami takimi mogą być „wewnętrzne dokumenty zawierające dowody, które bezpośrednio świadczą o stosowaniu strategii mającej na celu wykluczenie konkurentów, takie jak szczegółowy plan zaangażowania się w pewne działania zmierzające do wykluczenia konkurenta, niedopuszczenia do wejścia na rynek lub udaremniania powstania rynku, albo dowody konkretnych gróźb podjęcia działania o charakterze praktyki wyłączającej”¹¹⁵.

130. W rzeczywistości w większości przypadków nadużycia wykluczające nie opierają się na wykazaniu szczególnego, subiektywnego zamiaru przedsiębiorstwa dominującego zmierzającego do ograniczenia konkurencji, lecz na logice gospodarczej spornego zachowania, która obiektywnie wynika z cech charakterystycznych tego zachowania i jego kontekstu. Taką antykonkurencyjną logikę zachowania można, na przykład, wywnioskować z „braku jakiegokolwiek innego obiektywnego uzasadnienia gospodarczego”¹¹⁶. W braku zaś takiej logiki wykorzystanie dowodów subiektywnych może okazać się szczególnie użyteczne. Ten typ dowodów był stosowany bowiem zarówno w przypadku praktyk cenowych¹¹⁷, jak i praktyk niecenowych¹¹⁸.

131. W odniesieniu więc do wielu okoliczności faktycznych, które mogą zostać uwzględnione przy ustalaniu, czy doszło do nadużycia, wyłącznie do organu ochrony konkurencji należy ocena mocy dowodowej bezpośrednich dowodów wykazujących strategię mającą na celu wykluczenie. W tym względzie istotne wydają mi się poniżej wymienione elementy.

132. Po pierwsze, aby te dowody miały znaczenie, choćby tylko jako poszlaka, w odniesieniu do istnienia nadużycia wykluczającego, zamiar wykluczenia musi się również przekładać na zdolność do wykluczenia¹¹⁹. Analiza zamiaru nie może zatem zastąpić analizy skutków. W tym względzie Trybunał wskazał wyraźnie, iż w przypadku gdy przedsiębiorstwo dominujące kwestionuje to, że jego zachowanie miało zdolność do ograniczenia konkurencji, Komisja „ma [między innymi także] obowiązek przeprowadzenia oceny [ewentualnego] istnienia strategii mającej na celu wykluczenie z rynku konkurentów przynajmniej o takiej samej skuteczności”¹²⁰.

133. Po drugie, dowody takie mogą dostarczyć ważnych wskazówek co do charakteru spornego zachowania, a w konsekwencji co do jego potencjału do ograniczenia konkurencji. Na przykład na wskazówki te mogą składać się dowody wykazujące, że na podstawie własnej analizy lub znajomości rynku przedsiębiorstwo dominujące wyraźnie spodziewało się, że jego zachowanie wywoła skutek antykonkurencyjny, przy czym ten rodzaj wskazówek ma znaczenie przy uwzględnianiu ekspertyzy przedsiębiorstwa dominującego dotyczącej struktury rynku, na której prowadzi ono działalność. Tym samym jeżeli, zgodnie z dowodami, takie przedsiębiorstwo przyjmuje strategię w celu wykluczenia konkurentów z rynku lub ich zmarginalizowania, można z tego w sposób logiczny wywnioskować, że zachowanie to może wywołać takie skutki.

¹¹⁵ Zobacz wytyczne, pkt 20.

¹¹⁶ Wyrok TeliaSonera (pkt 88). Zobacz w tym względzie pkt 62 niniejszej opinii.

¹¹⁷ Takich jak praktyki polegające na stosowaniu cen drapieżnych [wyrok AKZO (pkt 72)]; rabaty lojalnościowe [zob. wyrok z dnia 16 marca 2000 r., Compagnie maritime belge transports i in./Komisja (C-395/96 P i C-396/96 P, EU:C:2000:132)]; a także w ramach porozumień w sprawie wyłączności [zob. wyrok Tomra (pkt 19, 21)].

¹¹⁸ W szczególności gdy przedsiębiorstwo dominujące wnosi pozwy pozorne do sądów krajowych [zob. wyrok z dnia 17 lipca 1998, ITT Promedia/Komisja (T-111/96, EU:T:1998:183, pkt 55)] lub gdy wprowadza w błąd organy publiczne w celu wykluczenia wytwórców produktów generycznych [zob. wyrok z dnia 1 lipca 2010 r., AstraZeneca/Komisja (T-321/05, EU:T:2010:266, pkt 359)]; a także tak zwane sprawy „pay for delay” [zob. wyrok Generics (UK) (pkt 161)].

¹¹⁹ Zobacz podobnie opinia rzecznika generalnego N. Wahla w sprawie Intel Corporation/Komisja (C-413/14 P, EU:C:2016:788, pkt 128).

¹²⁰ Wyrok Intel (pkt 139 i przytoczone tam orzecznictwo, wyróżnienie moje).

134. Po trzecie, moc dowodu na istnienie zamiaru zależy od stanu faktycznego. Sformułowania dotyczące wykluczenia, które zostały użyte przez kierownictwo – odpowiedzialne za wywieranie decydującego wpływu na praktyki przedsiębiorstwa – lub którymi posłużono się w ramach formalnych prezentacji, mają większe znaczenie niż sformułowania spontaniczne¹²¹. W tym względzie przypominam, że sam cel konkurencji polega na wspieraniu przedsiębiorstw we wzajemnym prześciganiu się. W związku z tym wypowiedzi wymierzone w konkurentów lub ich oczerniające są powszechne w środowisku charakteryzującym się konkurencją opartą na jakości i powinny zostać uznane za mające znaczenie wyłącznie wtedy, gdy są częścią strategii mającej na celu wykluczenie. Wreszcie, wydaje mi się oczywiste, że dowody takie powinny odnosić się do okresu spornego zachowania.

135. Po czwarte, istnienie dowodów, które mogłyby wykazać, że przedsiębiorstwo dominujące nie zamierzało wykluczyć swoich konkurentów, może mieć również znaczenie do celów obliczenia wysokości grzywny i może stanowić okoliczność łagodzącą, zwłaszcza w odniesieniu do kwestii, czy naruszenie zostało popełnione umyślnie, czy też doszło do niego w wyniku zaniedbania¹²².

b) W przedmiocie części drugiej

136. W odniesieniu do części drugiej sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy dowód na istnienie zamiaru wykluczenia ma za zadanie przeniesienie ciężaru dowodu dotyczącego wywołanego zachowaniem antykonkurencyjnego skutku w postaci wykluczenia, poprzez przerzucenie tego ciężaru na przedsiębiorstwo dominujące.

137. W tym względzie wydaje mi się logiczne, że w tym zakresie nie należy wyciągać konsekwencji wynikających ze stwierdzenia istnienia subiektywnego zamiaru ograniczenia konkurencji, ponieważ dowód ten, który stanowi tylko zwykłą okoliczność faktyczną, sam w sobie nie wystarcza do wykazania, że takie zachowanie jest sprzeczne z art. 102 TFUE¹²³. Tym samym stwierdzenie to nie rodzi wzruszalnego domniemania istnienia takiego zachowania, jako że podejście to nie wydaje się zgodne z obiektywnym charakterem pojęcia nadużycia w rozumieniu art. 102 TFUE. Takie domniemanie prawne mogłoby bowiem prowadzić do stwierdzenia wystąpienia nadużycia z samego tylko względu na istnienie zamiaru przedsiębiorstwa zajmującego pozycję dominującą, co byłoby sprzeczne z przytoczonym powyżej, utrwalonym orzecznictwem Trybunału.

138. Wydaje mi się jednak logiczne, że o ile organy ochrony konkurencji mogą korzystać z tego typu dowodów w celu potwierdzenia wystąpienia nadużycia, o tyle również zainteresowane przedsiębiorstwa powinny móc korzystać z dokumentów wewnętrznych na poparcie braku zamiaru wykluczenia¹²⁴. Tymczasem taki dowód, mający charakter negatywny, jest oczywiście trudny do dostarczenia i, przy założeniu, że został wykazany, dowód ten nie może sam w sobie świadczyć o braku nadużycia¹²⁵.

139. W świetle powyższych rozważań proponuję, aby na pytanie czwarte odpowiedzieć w ten sposób, że w celu uznania stosowanej przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą praktyki wykluczającej za stanowiącą nadużycie nie ma potrzeby wykazywania jego

¹²¹ Zobacz podobnie wyrok z dnia 30 stycznia 2007 r., France Télécom/Komisja (T-340/03, EU:T:2007:22, pkt 202).

¹²² Wyrok Tomra (pkt 12). Zobacz również wytyczne w sprawie metody ustalania grzywien nakładanych na mocy art. 23 ust. 2 lit. a) rozporządzenia (WE) [nr] 1/2003 (Dz.U. 2006, C 210, s. 2, pkt 27, 29).

¹²³ Zobacz podobnie opinia rzecznika generalnego N. Wahla w sprawie Intel Corporation/Komisja (C-413/14 P, EU:C:2016:788, pkt 128).

¹²⁴ Zobacz podobnie opinia rzecznika generalnego J. Mazáka w sprawie Tomra Systems i in./Komisja (C-549/10 P, EU:C:2012:55, pkt 10).

¹²⁵ Zobacz podobnie wyrok Tomra (pkt 22).

subiektywnego zamiaru wykluczenia konkurentów. Zamiar ten można niemniej wziąć pod uwagę jako okoliczność faktyczną, w szczególności w celu wykazania, że zachowanie to mogło ograniczać konkurencję. Dowód na istnienie zarzucanego zamiaru wykluczenia nie prowadzi w żaden sposób do przeniesienia ciężaru dowodu na to, czy rzeczony zachowanie stanowi nadużycie.

E. W przedmiocie piątego pytania prejudycjalnego

140. Poprzez pytanie piąte sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy przynależność do tej samej grupy co spółki, które bezpośrednio uczestniczyły w zachowaniu stanowiącym nadużycie, jest wystarczająca, aby przypisać odpowiedzialność spółce dominującej, która posiada cały kapitał tych spółek, bez konieczności przedstawienia dowodu na udział tej spółki dominującej w stosowaniu praktyki stanowiącej nadużycie lub co najmniej czynne koordynowanie spółek operacyjnych w ramach grupy¹²⁶.

1. W przedmiocie dopuszczalności

141. AGCM i AIGET wyrażają wątpliwości co do dopuszczalności tego pytania, które dotyczy przesłanek stosowania domniemania odpowiedzialności przez spółkę dominującą¹²⁷, ze względu na brak znaczenia dla rozstrzygnięcia tego sporu, jako że AGCM nie oparł odpowiedzialności spółki ENEL na domniemaniu wynikającym z pełnej kontroli spółek SEN i EE, lecz na jej bezpośrednim zaangażowaniu w praktyki uznane za nadużycie. Dochodzenie AGCM wykazało bowiem istnienie prawdziwej strategii grupy – a zatem również przypisywanej spółce ENEL – mającej na celu przeniesienie możliwie największej liczby klientów spółki działającej na rynku chronionym (SEN) do spółki odpowiadającej za wolny rynek (EE).

142. Spółka ENEL zauważa natomiast, że w spornej decyzji AGCM stwierdził, że spółka ta była współodpowiedzialna za naruszenie zarówno ze względu na jej czynne zaangażowanie w strategię stanowiącą nadużycie, jak i na podstawie domniemania decydującego wpływu. W tym względzie w związku z restrukturyzacją organizacji grupy spółka ta twierdzi, że wykazała w sposób wystarczający, iż nie ma już kontroli decyzyjnej nad swoimi spółkami zależnymi, a zatem obaliła domniemanie decydującego wpływu.

143. Ponieważ zgodnie z ustaleniami sądu odsyłającego przesłanki stosowania owego domniemania stanowią część prowadzonej przed nim dyskusji i ponieważ w każdym wypadku jedynie do sądu krajowego należy ocena, na podstawie konkretnych okoliczności danej sprawy, zarówno tego, czy do wydania wyroku konieczne jest wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, jak i znaczenia dla sprawy pytań przedstawionych Trybunałowi, uważam, że Trybunał powinien rozstrzygnąć to pytanie¹²⁸.

¹²⁶ Zwracam uwagę, że pytanie, tak jak zostało ono postawione, dotyczy każdej spółki należącej do tej samej grupy, niezależnie od stosunku kontroli ze spółkami uczestniczącymi w zachowaniu stanowiącym nadużycie. Jako że w ramach sporu w postępowaniu głównym pytanie to zostało zadane wyłącznie w odniesieniu do odpowiedzialności spółki dominującej w ramach grupy, proponuję je przeformułować w ten sposób, aby odnosiło się ono do zasad dotyczących przypisania odpowiedzialności spółce dominującej, która, tak jak w niniejszej sprawie, posiada cały kapitał spółek zależnych, które dopuściły się naruszenia.

¹²⁷ Według tego domniemania spółka dominująca, która posiada 100% kapitału swoich spółek zależnych, które dopuściły się naruszenia reguł konkurencji, ma decydujący wpływ na zachowanie tych ostatnich i może zostać pociągnięta do odpowiedzialności za to naruszenie na tej samej podstawie co jej spółki zależne (zwanego dalej „domniemaniem decydującego wpływu”, zob. pkt 149 niniejszej opinii).

¹²⁸ Zobacz wyrok z dnia 4 marca 2020 r., Schenker (C-655/18, EU:C:2020:157, pkt 22).

144. Ponadto wydaje mi się, że przesłanki stosowania domniemania decydującego wpływu mogą mieć znaczenie dla rozstrzygnięcia sporu w postępowaniu głównym. Otóż spółka ENEL podnosi przed sądem odsyłającym, iż AGCM stwierdził, że spółka ta jest czynnie zaangażowana w zarzucane zachowanie, nie uwzględniając jednak dokumentów, które spółka ENEL przedstawiła na poparcie tego, że po przeprowadzeniu restrukturyzacji grupy zrezygnowała ze swoich uprawnień decyzyjnych. Jeżeli sąd odsyłający uzna, że dowody te są przekonujące, będzie on musiał jeszcze orzec w kwestii zastosowania tego domniemania. Należy zatem ustalić, czy rzezczone domniemanie może mieć też zastosowanie wyłącznie na podstawie przynależności do grupy. Pytanie to nie jest więc hipotetyczne¹²⁹.

2. Co do istoty

145. Aby odpowiedzieć na pytanie piąte co do istoty, należy odnieść się do pojęć dobrze utrwalonych w prawie konkurencji, takich jak pojęcia „przedsiębiorstwa” i „domniemania decydującego wpływu”, na których opiera się logika przypisania odpowiedzialności za naruszenie reguł konkurencji¹³⁰.

146. Po pierwsze, przypominam, że dla określenia sprawcy naruszenia prawa konkurencji autorzy traktatów wybrali pojęcie „przedsiębiorstwa”¹³¹. To autonomiczne pojęcie prawa Unii oznacza każdą jednostkę złożoną z elementów osobowych, materialnych i niematerialnych, prowadzącą działalność gospodarczą niezależnie od formy prawnej i sposobu jej finansowania. Zatem wskazane pojęcie winno być rozumiane jako odnoszące się do jednostki gospodarczej z punktu widzenia przedmiotu rozpatrywanej praktyki antykonkurencyjnej, nawet jeśli z prawnego punktu widzenia owa jednostka gospodarcza składa się z wielu osób fizycznych lub prawnych¹³².

147. Wybór ten oznacza, po pierwsze, że jeżeli taka jednostka gospodarcza narusza reguły konkurencji, to zgodnie z zasadą odpowiedzialności osobistej musi ona odpowiedzieć za to naruszenie, a po drugie, że osoba prawna może w pewnych okolicznościach zostać uznana za osobiście i solidarnie odpowiedzialną za antykonkurencyjne zachowanie innej osoby prawnej należącej do tej samej jednostki gospodarczej¹³³.

148. Wynika z tego, że odpowiedzialność za zachowanie spółki zależnej może zostać przypisana spółce dominującej, w szczególności jeżeli ta spółka zależna nie określa samodzielnie swojego zachowania na rynku, lecz co do zasady stosuje się do wskazówek udzielanych jej przez spółkę dominującą, przy uwzględnieniu w szczególności powiązań gospodarczych, organizacyjnych i prawnych łączących te dwa podmioty prawne¹³⁴. W takiej bowiem sytuacji ze względu na to, że spółka dominująca i jej spółka zależna są częścią tej samej jednostki gospodarczej i tworzą zatem jedno przedsiębiorstwo, decyzja nakładająca grzywnę może zostać skierowana do spółki dominującej, bez konieczności wykazania osobistego zaangażowania tej ostatniej spółki w naruszenie¹³⁵.

¹²⁹ Zobacz w tym względzie pkt 260 i 261 spornej decyzji w wersji jawnej dostępnej (w języku włoskim) na stronie internetowej AGCM.

¹³⁰ Zasady przypisania zostały przypomniane między innymi w wyrokach: z dnia 10 września 2009 r., Akzo Nobel i in./Komisja (C-97/08 P, EU:C:2009:536); z dnia 27 kwietnia 2017 r., Akzo Nobel i in./Komisja (C-516/15 P, EU:C:2017:314).

¹³¹ Wyrok z dnia 27 kwietnia 2017 r., Akzo Nobel i in./Komisja (C-516/15 P, EU:C:2017:314, pkt 46 i przytoczone tam orzecznictwo).

¹³² Wyrok Deutsche Telekom II (pkt 72 i przytoczone tam orzecznictwo).

¹³³ Wyrok Deutsche Telekom II (pkt 73 i przytoczone tam orzecznictwo).

¹³⁴ Wyrok Deutsche Telekom II (pkt 74 i przytoczone tam orzecznictwo).

¹³⁵ Wyrok z dnia 15 kwietnia 2021 r., Italmobiliare i in./Komisji (C-694/19 P, niepublikowany, zwany dalej „wyrokiem Italmobiliare”, EU:C:2021:286, pkt 54 i przytoczone tam orzecznictwo). Zobacz również wyroki: z dnia 14 lipca 1972 r., Imperial Chemical Industries/Komisja (48/69, EU:C:1972:70, pkt 140); Deutsche Telekom II (pkt 94).

149. W tym względzie zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału, w szczególnym przypadku, takim jak rozpatrywany w postępowaniu głównym, w którym spółka dominująca posiada (pośrednio lub bezpośrednio) 100% kapitału swojej spółki zależnej, która dopuściła się naruszenia reguł Unii w dziedzinie konkurencji, po pierwsze, spółka dominująca może wywierać decydujący wpływ na zachowanie tej spółki zależnej i, po drugie, istnieje wrzuszalne domniemanie (zwane też „zwykłym”), zgodnie z którym rzeczona spółka dominująca rzeczywiście wywiera taki wpływ, chyba że ta spółka dominująca udowodni, że jest inaczej¹³⁶.

150. Takie domniemanie, o ile nie zostanie obalone, oznacza, że rzeczywiste wywieranie decydującego wpływu przez spółkę dominującą na spółkę zależną jest uważane za dowiedzione, tak że można przypisać tej pierwszej spółce odpowiedzialność za zachowanie tej drugiej spółki bez konieczności przedstawienia jakichkolwiek dodatkowych dowodów¹³⁷. Spółka dominująca, której przypisano noszące znamiona naruszenia zachowanie jej spółki zależnej, zostaje osobiście ukarana za naruszenie reguł Unii w dziedzinie konkurencji, za których sprawcę ona sama została uznana ze względu na wywierany przez nią decydujący wpływ na spółkę zależną, który umożliwiał jej określanie zachowania tej ostatniej¹³⁸.

151. Wynika z tego, że w takich okolicznościach wystarczy, że organ ochrony konkurencji wykaże, iż cały kapitał spółki zależnej znajduje się w posiadaniu jej spółki dominującej, aby móc domniemywać, że ta ostatnia rzeczywiście wywiera decydujący wpływ na politykę handlową swej spółki zależnej. Organ ten będzie mógł następnie uznać spółkę dominującą za solidarnie odpowiedzialną za zapłatę grzywny nałożonej na jej spółkę zależną, chyba że owa spółka dominująca, na której spoczywa ciężar obalenia tego domniemania, przedstawi wystarczające dowody pozwalające wykazać, iż jej spółka zależna zachowuje się na rynku w sposób autonomiczny¹³⁹. W związku z tym zastosowanie domniemania decydującego wpływu nie jest zatem uzależnione od przedstawienia dodatkowych poszlak dotyczących rzeczywistego wywierania wpływu przez spółkę dominującą¹⁴⁰.

152. W świetle powyższego, przynależność do tej samej grupy co spółki, które bezpośrednio uczestniczyły w zachowaniu stanowiącym nadużycie, wystarcza do przypisania odpowiedzialności spółce dominującej, która posiada cały kapitał tych spółek, bez konieczności przedstawienia jakichkolwiek dodatkowych dowodów, chyba że ta spółka dominująca przedstawi wystarczające dowody pozwalające wykazać, że owe spółki działały na rynku w sposób autonomiczny.

153. W niniejszym przypadku jest zaś bezsporne, że spółka ENEL posiada 100% kapitału swoich spółek zależnych SEN i EE. W związku z tym spółka ENEL nie kwestionuje również możliwości zastosowania domniemania decydującego wpływu, a jedynie pewne aspekty tego zastosowania.

¹³⁶ Zobacz wyrok Italmobiliare (pkt 47, 55 i przytoczone tam orzecznictwo).

¹³⁷ Wyrok Italmobiliare (pkt 55). Zobacz podobnie wyrok z dnia 16 czerwca 2016 r., Evonik Degussa i AlzChem/Komisja (C-155/14 P, EU:C:2016:446, pkt 30).

¹³⁸ Wyrok Italmobiliare (pkt 56 i przytoczone tam orzecznictwo).

¹³⁹ Wyrok Italmobiliare (pkt 48 i przytoczone tam orzecznictwo).

¹⁴⁰ Wyrok z dnia 27 stycznia 2021 r., The Goldman Sachs Group/Komisja (C-595/18 P, zwany dalej „wyrokiem Goldman Sachs”, EU:C:2021:73, pkt 33 i przytoczone tam orzecznictwo).

154. W pierwszej kolejności spółka ta podnosi, że samo występowanie stosunku kontroli nie jest wystarczające do nałożenia sankcji na spółkę dominującą w związku z zachowaniem spółki zależnej, nawet w przypadku całkowitej kontroli. Jej zdaniem nawet w takiej sytuacji należy upewnić się, że spółka dominująca jest uprawniona do rzeczywistego wywierania decydującego wpływu na spółkę zależną.

155. Moim zdaniem argumentacji takiej nie można uwzględnić. Z wyżej przytoczonego orzecznictwa jasno bowiem wynika, iż domniemanie decydującego wpływu oznacza właśnie, że rzeczywiste wywieranie decydującego wpływu należy uznać za wykazane bez konieczności przedstawiania jakiegokolwiek dowodu. Przeciwna wykładnia byłaby sprzeczna ze skutecznością tego domniemania, które opiera się na założeniu, że posiadanie całkowitej kontroli nad spółką zależną zakłada z konieczności (gospodarczą) możliwość wywierania takiego wpływu¹⁴¹. Trybunał stwierdził bowiem, że to nie samo posiadanie kapitału spółki zależnej samo w sobie uzasadnia to domniemanie, lecz stopień kontroli, z jakim wiąże się to posiadanie¹⁴².

156. W drugiej kolejności spółka ENEL podnosi, że w odniesieniu do wzruszalnego domniemania, jeżeli spółka dominująca dostarczy dowody pozwalające na wykazanie, że spółka zależna działała na rynku w sposób autonomiczny, organ ochrony konkurencji jest zobowiązany do odpowiedniego uzasadnienia swojego odmiennego stanowiska. W niniejszym przypadku spółka ENEL podważa fakt, że wywierała decydujący wpływ, jako że wskutek organicznej restrukturyzacji grupy w 2014 r. przestała ona pełnić decyzyjną lub operacyjną funkcję i ograniczyła się do wspierania synergii i najlepszych praktyk pomiędzy poszczególnymi operacyjnymi spółkami zależnymi. W tym względzie spółka ENEL przedstawiła dokumenty, których jednak AGCM nie uwzględnił lub które odrzucił bez wskazania odpowiedniego uzasadnienia.

157. Argumenty te skłaniają do uwag trojakiemu rodzajowi.

158. Po pierwsze, w odniesieniu do ciężaru dowodu, ponieważ domniemanie decydującego wpływu jest wzruszalne, bezsporne jest, że to na spółce dominującej spoczywa obowiązek przedstawienia dowodów wykazujących jego brak¹⁴³. Niemniej sam fakt dostarczenia takich dowodów nie jest wystarczający do przeniesienia ipso facto ciężaru dowodu. Jedynie organ ochrony konkurencji może stwierdzić, czy spółka dominująca zdołała obalić domniemanie decydującego wpływu poprzez wykazanie autonomiczności jej spółki zależnej. Jeśli tak jest, nie będzie można przypisać spółce dominującej odpowiedzialności z samego tylko faktu, że posiada ona cały kapitał spółki zależnej¹⁴⁴, a jeżeli organ ten postanowi ukarać spółkę dominującą, będzie on musiał oprzeć odpowiedzialność na innych konkretnych elementach decydującego wpływu. Otóż tak jak w niniejszej sprawie, organy ochrony konkurencji często decydują się na poparcie tego domniemania innymi okolicznościami faktycznymi¹⁴⁵.

159. Po drugie, w odniesieniu do spoczywającego na organie ochrony konkurencji obowiązku uzasadnienia, z orzecznictwa Trybunału wynika, że decyzja w sprawie zastosowania przepisów prawa konkurencji powinna zawierać wystarczające uzasadnienie wobec każdego z jej adresatów, w szczególności wobec tych z nich, którzy powinni ponieść konsekwencje tego naruszenia. Tym samym wobec spółki dominującej uznanej za odpowiedzialną z tytułu noszącego znamiona

¹⁴¹ Zobacz podobnie wyrok z dnia 13 września 2013 r., Total Raffinage Marketing/Komisja (T-566/08, EU:T:2013:423, pkt 501, 502).

¹⁴² Wyrok Goldman Sachs (pkt 35).

¹⁴³ Zobacz wyrok z dnia 16 czerwca 2016 r., Evonik Degussa i AlzChem/Komisja (C-155/14 P, EU:C:2016:446, pkt 32–34).

¹⁴⁴ Wyrok z dnia 28 października 2020 r., Pirelli & C./Komisja (C-611/18 P, niepublikowany, EU:C:2020:868, pkt 74).

¹⁴⁵ Zobacz podobnie wyrok Goldman Sachs (pkt 40 i przytoczone tam orzecznictwo).

naruszenia zachowania jej spółki zależnej taka decyzja powinna zawierać szczegółowe uzasadnienie możliwości przypisania naruszenia tej spółce¹⁴⁶. Jeżeli taka decyzja opiera się wyłącznie na domniemaniu decydującego wpływu, organ ochrony konkurencji jest zobowiązany – gdyż w przeciwnym razie uczyniłby to domniemanie faktycznie niewzruszalnym – przedstawić w odpowiedni sposób powody, dla których przywołane okoliczności faktyczne i prawne nie wystarczyły dla obalenia owego domniemania¹⁴⁷.

160. Ów obowiązek organu ochrony konkurencji w zakresie uzasadnienia decyzji w tej kwestii wynika w szczególności ze wzruszalnego charakteru domniemania decydującego wpływu. Przypominam, iż Trybunał stwierdził bowiem, że domniemanie to ma doprowadzić do ustanowienia równowagi między znaczeniem z jednej strony celu polegającego na zwalczaniu zachowań sprzecznych z regułami konkurencji i zapobiegania ich powtarzaniu, a z drugiej strony wymogów wynikających z niektórych zasad ogólnych prawa Unii, takich jak w szczególności zasady domniemania niewinności, indywidualizacji kar i pewności prawa oraz prawo do obrony, w tym zasada równości stron. W szczególności z tego powodu domniemanie to jest wzruszalne¹⁴⁸. Ponadto Trybunał stwierdził, że okoliczność, iż trudno jest przedstawić dowód przeciwny, konieczny w celu obalenia domniemania decydującego wpływu, nie oznacza sama w sobie, że jest ono faktycznie niewzruszalne, a zatem sprzeczne z zasadą domniemania niewinności¹⁴⁹.

161. Należy niemniej przypomnieć, iż Trybunał orzekł, że Komisja nie jest jednak zobowiązana w takim kontekście do zajmowania stanowiska co do kwestii, które w oczywisty sposób nie mają związku z przedmiotem sprawy, nie mają znaczenia bądź są wyraźnie drugorzędne¹⁵⁰. Ponadto ten obowiązek uzasadnienia nie musi oznaczać obowiązku dostarczenia wyjaśnienia, które podejmuje w sposób wyczerpujący punkt po punkcie argumentację przedstawioną przez strony sporu. Uzasadnienie może być zatem dorozumiane, pod warunkiem że pozwala zainteresowanym na poznanie podstaw, na których oparto daną decyzję, a organowi sądowemu na dysponowanie wystarczającymi elementami dla sprawowania kontroli w wyniku środka zaskarżenia¹⁵¹. Zasady te mogą mieć analogicznie zastosowanie do krajowych organów ochrony konkurencji.

162. Po trzecie, bez zamiaru ingerowania w ocenę, która zostanie ostatecznie przyjęta przez sąd odsyłający w sprawie w postępowaniu głównym, przypominam, że Trybunał miał już okazję wyjaśnić najpierw, iż fakt, że (całkowicie) kontrolowane spółki posiadają pewną autonomię w odniesieniu do swojej działalności przemysłowej, że spółka dominująca pełni jedynie rolę koordynatora technicznego i finansowego lub że udziela tym spółkom wsparcia finansowego i majątkowego, nie wystarczy sam w sobie do obalenia domniemania decydującego wpływu¹⁵². Następnie Trybunał orzekł również, że okoliczność, iż dana jednostka jest „holdingiem finansowym”, niemającym statusu przedsiębiorstwa, nie może mieć wpływu na zastosowanie tego domniemania wobec tej jednostki¹⁵³. Wreszcie Trybunał odrzucił argumentację, zgodnie z którą zastosowanie rzeczowego domniemania wobec „holdingu inwestycyjnego” naruszałoby

¹⁴⁶ Zobacz analogicznie wyrok z dnia 2 października 2003 r., *Aristrain/Komisja* (C-196/99 P, EU:C:2003:529, pkt 93–101).

¹⁴⁷ Zobacz podobnie wyroki: z dnia 29 września 2011 r., *Elf Aquitaine/Komisja* (C-521/09 P, EU:C:2011:620, pkt 153); z dnia 14 września 2017 r., *LG Electronics i Koninklijke Philips Electronics/Komisja* (C-588/15 P i C-622/15 P, EU:C:2017:679, pkt 87); z dnia 28 października 2020 r., *Pirelli & C./Komisja* (C-611/18 P, niepublikowany, EU:C:2020:868, pkt 45).

¹⁴⁸ Zobacz wyroki: z dnia 8 maja 2013 r., *Eni/Komisja* (C-508/11 P, EU:C:2013:289, pkt 57–59); *Italmobiliare* (pkt 57).

¹⁴⁹ Wyrok *Italmobiliare* (pkt 58 i przytoczone tam orzecznictwo).

¹⁵⁰ Zobacz wyroki: z dnia 29 września 2011 r., *Elf Aquitaine/Komisja* (C-521/09 P, EU:C:2011:620, pkt 154 i przytoczone tam orzecznictwo); a także z dnia 28 października 2020 r., *Pirelli & C./Komisja* (C-611/18 P, niepublikowany, EU:C:2020:868, pkt 46).

¹⁵¹ Zobacz analogicznie wyrok z dnia 26 listopada 2013 r., *Groupe Gascogne/Komisja* (C-58/12 P, EU:C:2013:770, pkt 37–39).

¹⁵² Wyrok z dnia 8 maja 2013 r., *Eni/Komisja* (C-508/11 P, EU:C:2013:289, pkt 64).

¹⁵³ Wyrok *Italmobiliare* (pkt 41).

art. 14 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, podpisanej w Rzymie w dniu 4 listopada 1950 r., art. 17 i 21 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej, a także art. 345 TFUE, ponieważ prowadziłyby one do arbitralnej i niezasadnej różnicy w traktowaniu różnych systemów własności¹⁵⁴.

163. W świetle powyższych rozważań proponuję, aby na pytanie piąte odpowiedzieć w ten sposób, że przynależność spółki dominującej do grupy spółek składającej się między innymi z posiadanych w 100% spółek zależnych, które uczestniczyły bezpośrednio w zachowaniu stanowiącym nadużycie w rozumieniu art. 102 TFUE, jest wystarczająca, aby domniemywać, że ta spółka dominująca wywierała decydujący wpływ na politykę tych spółek zależnych, co oznacza, że organ ochrony konkurencji może przypisać jej odpowiedzialność za to zachowanie bez konieczności przedstawienia dowodu na udział tej ostatniej w praktyce stanowiącej nadużycie. Ciężar obalenia tego wzruszalnego domniemania poprzez przedstawienie dowodów pozwalających na wykazanie, iż spółki zależne działały na rynku w sposób autonomiczny, spoczywa na owej spółce dominującej. W takim przypadku organ ów ma obowiązek przedstawić w odpowiedni sposób powody, dla których stwierdził, że dowody te nie są wystarczające do obalenia rzeczonego domniemania, chyba że uzna, iż dowody te w sposób oczywisty nie mają związku z przedmiotem sprawy, są pozbawione znaczenia lub wyraźnie drugorzędne.

IV. Wnioski

164. W świetle powyższego proponuję, aby Trybunał odpowiedział na zadane przez Consiglio di Stato (radę stanu, Włochy) pytania prejudycjalne w następujący sposób:

- 1) Artykuł 102 TFUE należy interpretować w ten sposób, że praktyki stosowanej przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą, niezależnie od jej zgodności z prawem w świetle gałęzi prawa innych niż prawo konkurencji, nie można uznać za nadużycie w rozumieniu tego postanowienia wyłącznie ze względu na jej zdolność do wywołania skutku w postaci wykluczenia na rynku właściwym, ponieważ zachowania tego nie należy utożsamiać ze skutkiem ograniczającym konkurencję, chyba że zostanie wykazane, że przedsiębiorstwo to stosowało środki inne niż wchodzące w zakres konkurencji opartej na jakości. Co do zasady praktyka wykluczająca, którą konkurenci mogą powielić w sposób ekonomicznie opłacalny, nie stanowi zachowania mogącego prowadzić do antykonkurencyjnego wykluczenia, a zatem wchodzi ona w zakres konkurencji opartej na jakości.
- 2) Artykuł 102 TFUE należy interpretować w ten sposób, że ma on na celu zakazanie nie tylko praktyk wykluczających, które mogą wyrządzać bezpośrednią szkodę konsumentom, co stanowi nadrzędny cel tego postanowienia, lecz także zachowań, które mogą im zaszkodzić pośrednio ze względu na ich wpływ na strukturę rynku i w konsekwencji na utrzymanie skutecznej konkurencji. Na organach ochrony konkurencji spoczywa obowiązek wykazania, że taka praktyka wykluczająca narusza strukturę skutecznej konkurencji, sprawdzając przy tym, czy może ona także wyrządzić rzeczywistą lub potencjalną szkodę tym konsumentom.
- 3) Artykuł 102 TFUE należy interpretować w ten sposób, że w celu stwierdzenia istnienia nadużycia pozycji dominującej organ ochrony konkurencji jest zobowiązany do wykazania w świetle wszystkich istotnych okoliczności oraz przy uwzględnieniu w szczególności dowodów przedstawionych przez przedsiębiorstwo dominujące, że zachowanie tego przedsiębiorstwa miało zdolność do ograniczenia konkurencji, analizując, w stosownym

¹⁵⁴ Wyrok Italmobiliare (pkt 62, 63).

przypadku i w tym względzie, również przedstawione przez przedsiębiorstwo dominujące dowody, według których sporne zachowanie nie wywołało antykonkurencyjnych skutków na rynku właściwym.

- 4) Artykuł 102 TFUE należy interpretować w ten sposób, że w celu uznania stosowanej przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą praktyki wykluczającej za stanowiącą nadużycie nie ma potrzeby wykazywania jego subiektywnego zamiaru wykluczenia konkurentów. Zamiar ten można niemniej wziąć pod uwagę jako okoliczność faktyczną, w szczególności w celu wykazania, że zachowanie to mogło ograniczać konkurencję. Dowód na istnienie zarzucanego zamiaru wykluczenia nie prowadzi w żaden sposób do przeniesienia ciężaru dowodu na to, czy rzeczzone zachowanie stanowi nadużycie.
- 5) Przynależność spółki dominującej do grupy spółek składającej się między innymi z posiadanych w 100% spółek zależnych, które uczestniczyły bezpośrednio w zachowaniu stanowiącym nadużycie w rozumieniu art. 102 TFUE, jest wystarczająca, aby domniemywać, że ta spółka dominująca wywierała decydujący wpływ na politykę tych spółek zależnych, co oznacza, że organ ochrony konkurencji może przypisać jej odpowiedzialność za to zachowanie bez konieczności przedstawienia dowodu na udział tej ostatniej w praktyce stanowiącej nadużycie. Ciężar obalenia tego wzruszalnego domniemania poprzez przedstawienie dowodów pozwalających na wykazanie, iż spółki zależne działały na rynku w sposób autonomiczny, spoczywa na owej spółce dominującej. W takim przypadku organ ów ma obowiązek przedstawić w odpowiedni sposób powody, dla których stwierdził, że dowody te nie są wystarczające do obalenia rzeczowego domniemania, chyba że uzna, iż dowody te w sposób oczywisty nie mają związku z przedmiotem sprawy, są pozbawione znaczenia lub wyraźnie drugorzędne.